Die strafrechtliche Beurteilung der ärztlichen Operation.

ACAD
LUGD.BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität ROSTOCK.

Eingereicht von

GOTTHELF COHN

Rechtsanwalt in Hamburg.

ADOLF BELIS, HAMBURG.

Die strafrechtliche Beurteilung
der
ärztlichen Operation.

Dem Andenken
an
MEINE MUTTER
gewidmet.

Referent:

Professor Dr. WACHENFELD.

Inhaltsverzeichnis.

A. Die Operation als Körperverletzung.

I. Der objektive Tatbestand.

a) Die ärztliche Operation als Verletzung des Körpers.

b) Die Rechtswidrigkeit der ärztlichen Operation.

Das Prinzip: Die Körperverletzung ist rechtswidrig, wenn sie entweder das Interesse des Einzelnen an der Erhaltung seiner Körperintegrität oder das Interesse des Staates an der Erhaltung des Einzelnen verletzt.

Folgerungen:

1) Ist die Operation gegen den Willen des Patienten ausgeführt, so verletzt sie dessen Interesse an der Erhaltung seiner Körperintegrität, ist mithin rechtswidrig.
2) Ist die Operation mit dem Willen des Patienten sachgemäss ausgeführt, so ist sie nicht rechtswidrig.
3) Ist die Operation ohne den Willen des Patienten ausgeführt und
   aa) ist Gefahr im Verzuge, so ist die Einwilligung zu präsumieren. Der Fall ist zu beurteilen wie 2).
   bb) Ist keine Gefahr im Verzuge, so ist die Präsumption der Einwilligung unzulässig. Der Fall ist zu entscheiden wie 1).

c) Die ärztliche Operation ist nicht qualifizierte Körperverletzung.

II. Der subjektive Tatbestand. Der strafrechtliche Vorsatz des Arztes.

B. Die Aufforderung des gesetzlichen Vertreters als Anstiftung zur Körperverletzung.

I. Die Rechtswidrigkeit der gegen den Willen des Patienten ausgeführten Operation bei Minderjährigkeit des Patienten.

II. Die Aufforderung des gesetzlichen Vertreters als Anstiftung.

III. Die Anstiftung als Notstandshandlung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553616_0093

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht. Leipzig 1904.

Ahrens, Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschliessungsgrund, 1909.

v. Bar, Gesetz und Schuld, III, S. 70. Berlin 1909.

„ im „Gerichtssaal", Band 60, S. 81.

„ „ „ „ 38, S. 252.

„ in der Festausgabe für Regelsberger, 1901, S. 227.

Bekker, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts. Leipzig 1859.

Behr, Aerztliche operative Eingriffe und Strafrecht, München 1902 und im „Gerichssaal", Bd. 62, S. 400.

Beling, Rechtsprechung des Reichsgerichts, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 18, S. 267 ff.

„ Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, S. 151.

„ Goltdammers Archiv, Bd. 25, S. 44.

Bernau, Der Begriff des gefährlichen Werkzeuges im § 223 a. St. G. B. Breslau 1897.

Berner, Deutsches Strafrecht, 18. Auflage, Leipzig 1898.

Binding, Normen I. Leipzig 1890. II. Leipzig 1877.

„ Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Leipzig 1902.

„ Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. I und II, Leipzig 1902/1904.

„ Dasselbe. Bd. II, Abt. 2, Leipzig 1905.

„ Handbuch des Strafrechts. I. Leipzig 1885.

„ Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung

„ über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leipzig 1872.

Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts. Berlin.

„ Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1904. 2. Aufl.

Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme Dritter am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft nach Deutsch-Preussischem Recht. Berlin 1888.

Bornträger, Ueber die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Anwendung des Chloroforms und anderer Inhalations-Anästhetika. Berlin 1892.

Büdinger, Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen. Leipzig und Wien 1905.

Breithaupt, Volenti non fit inturia. Berlin 1891.

Brückmann, Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. Z. 24, S. 657 ff.

Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle 1905.

H. Dietrich, Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. Fulda 1896.

Finger, Deutsches Strafrecht. Berlin 1904.

„ in der jurist. Vierteljahrsschrift, Bd. 5, Heft 2/3.

„ in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band 20.

„ Der „objektive Tatbestand" als Strafzumessungsgrund. Wien 1888.

Flügge, Das Recht des Arztes. 1903.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Achte bis zehnte Auflage. Tübingen 1911.

Fritsch, Die Bedeutung der Einwilligung. Die Krankenpflege. Monatsschrift, Heft 2, S. 97 ff.

Galli, in „Das Recht", Bd. 9, S. 126.

„ „ „ „ „ 9, S. 127.

Hälschner, Gemeines Deutsches Strafrecht, I., II. Band (Abt. 1, 2). Bonn 1881, 1884, 1887.

Hamm, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Bd. 12, S. 451.

Hammerer, Der Einfluss des Rechtsirrtums auf die Bestrafung. München 1890.

Heimberger, Strafrecht und Medicin. München 1899.

„ in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 2, S. 37.

Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre. Ein Beitrag zu ihrer Widerlegung. In den Abhandlungen des kriminalistischen Seminars zu Marburg. Herausgegeben von v. Liszt. Freiburg 1899. S. 251 ff.

Hertz, Unrecht. Hamburg 1880.

Hess, Die Ehre und die Beleidigung aus § 185 St. G. B. Hamburg 1891.

„ Neue Thesen. Hamburg 1900.

v. Hippel, Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bes. Teil. Bd. II, S. 241 ff.

Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin 1871.

Kahl, Der Arzt im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 29, S. 351 ff.

Kahn, Der ausserstrafliche Rechtsirrtum. Breslau 1900.

Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin und Leipzig 1894.

„ im „Gerichtssaal", Bd. 38, S. 561.

Kitzinger, im „Gerichtssaal", Bd. 55, S. 1 ff.

Klee, Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. Archiv für Strafrecht 48, S. 177 ff. und 337 ff., 49, S. 246 ff., 50, S. 365 ff.

Kohler,	Studien aus dem Strafrecht, Bd. I.
„	Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum. München 1904. Juristisches Literaturblatt 16, S. 224.
Kohlrausch,	Irrtum und Schuldbegriff. Berlin 1903. Z. 23, S. 612.
Korn,	Der Vorsatz des Anstifters. Göttingen 1902.
Kronecker,	Die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensuren. Im „Gerichtssaal", Bd. 35, S. 201.
Kühner,	Die Kunstfehler der Aerzte vor dem Forum der Juristen. Frankfurt a. M. 1886.
Liepmann,	Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
v. Lilienthal,	in der Festschrift der Heidelberger Juristenfakultät für Bekker. Berlin 1899.
v. Liszt,	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 12., 13. Aufl. Berlin 1903, 14. und 15. Aufl. Berlin 1905, 19. Aufl. Berlin 1912. Ausserdem in Z. für ärztliche Fortbildung I, 1904.
Löwenheim,	Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte. Breslau 1897.
Löffler,	Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung. 1895.
„	in Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil V, S. 244 ff.
Lucas,	Die subjective Verschuldung im heutigen Deutschen Strafrecht. Berlin 1883.
Mayer,	Rechtsnormen und Kulturnormen. Breslau 1903.
Merkel,	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
„	in Holtzendorff's Rechtslexicon, Bd. II, S. 546.
Meyer,	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl. Erlangen 1882. Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Auflage. Leipzig 1912.
Miler,	in den „Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung", Bd. 10, S. 72. Berlin 1902.
Oetker,	Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums im Strafrechte. Cassel 1876.
Olshausen,	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. Berlin 1912.
Oppenhoff,	Deutsches Strafgesetzbuch, 14. Ausgabe. Berlin 1901.
Oppenheim,	in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Folge. Bd. 5, S. 562.
„	Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. Basel 1892.
„	Die Objecte des Verbrechens. Berlin 1894.
Orthoff,	Die Strafbarkeitserkenntnis als Schuldvoraussetzung. Marburg 1891.
„	Strafbare Fahrlässigkeit bei Ausübung der Heilkunde. Berlin 1888.
Ortmann,	im „Gerichtssaal", Bd. 35, S. 371.
„	Goltdammers Archiv, Bd. 25.
„	im „Gerichtssaal", Bd. 30, S. 31.
„	„ „ „ 29, S. 24.

Rohland,	Die Gefahr im Strafrecht. Dorpat und Leipzig 1888.
Rosenberg,	im „Gerichtssaal", Bd. 62, S. 62.
Rotering,	Goltdammers Archiv, Bd. 30, S. 179.
Rubo,	Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.
Schmidt,	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. Jena 1900.
O. Schnitzler,	Der ärztliche Eingriff und das Strafrecht. Leipzig 1908.
Stenglein,	in der Deutschen Juristenzeitung, Bd. 4, S. 151.
Stoos,	Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. Berlin 1888.
„	in der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht. Bd. 7 und 10.
„	in der Deutschen Juristenzeitung, Bd. 4, S. 184, Bd. 7, S. 566.
Waag,	im „Gerichtssaal", Bd. 34, S. 254.
Wächter,	Deutsches Strafrecht. Leipzig 1881.
Franz Wein,	Das Princip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffs. Leipzig 1908.
Wertheimer,	Die Mischgesetze des Deutschen Strafgesetzbuches mit besonderer Berücksichtigung ihrer strafrechtlichen und strafprozessualen Behandlung. Breslau 1903.
Wessely,	Notstand, S. 28 ff. Prag 1862.
Wilhelm,	Operationsrecht des Arztes und Einwilligung des Patienten in der Rechtspflege. Berlin, Adler-Verlag.
Hermann Wolf,	Die strafrechtliche Haftbarkeit der Aerzte. Erlangen.
Zitelmann,	Geschäftsführung ohne Auftrag. Archiv für Civilpraxis 99, S. 80 ff.
Zürcher,	in der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. 11, S. 490.

Reichsgerichtsentscheidungen in Civil- und Strafsachen.

Die Frage nach der juristischen Beurteilung einer ärztlichen Operation ist in der Literatur sehr umstritten. Besonders heiss entbrannte der Kampf der Meinungen, als der Fall Ile in Dresden und die Tat eines Hamburger Arztes, der ein Kind gegen den Willen des Vaters operiert hatte, die Gerichte beschäftigte. Die Frage hatte actuelle Bedeutung gewonnen und wurde von allen Seiten erörtert, ohne dass ein alle befriedigendes Ergebnis erzielt wurde. Noch heute harren vielmehr die vielumstrittenen Probleme ihrer Lösung.

Die juristische Beurteilung der Operation erfordert zunächst eine juristische Qualificierung des objectiven Tatbestand des ärztlichen Operierens. Hierin sehen die Einen ein Verbessern und Heilen, die Anderen ein Verletzen des Körpers. Zwar scheint es auf den ersten Blick wenig einleuchtend, dass eine zum Zwecke der Heilung vorgenommene Handlung eine Misshandlung des Körpers sein soll. Insofern enthält auch die in der Wissenschaft vertretene Auffassung, nach welcher die ärztliche Operation keine Misshandlung sondern Behandlung, keine Gesundheitsschädigung, sondern „Gesundheitsmehrung" sei. (Binding Lb. I. S. 56) ein Gran Wahrheit. „Bessern, operieren, heilen", so führt Hess aus, (Hess, die Ehre und die Beleidigung aus § 185 St. G. B. 1891 S. 54 Anm. 4) sei nicht Schädigung, nicht Verletzung. Die Operation verdiene daher nicht den Namen Körperverletzung, höchstens könne man sagen, dass der Arzt eine bestimmte Stelle des Körpers, nicht aber den Körper als lebendes Ganzes, als Organismus betrachtet, verletze, (ähnlich Kitzinger G. S. 55 S. 62 f, und Frank § 223 I.) Auch nach Frank ist ein den „Regeln der Kunst entsprechendes Verhalten nicht Körperverletzung." Binding betrachtet die ärztliche Tätigkeit grundsätzlich als Gesundheitsmehrung. (Lb. I. S. 56) Der eifrigste Kämpfer für diese Auffassung ist Stooss. Ihn leitet der Gedanke, dass bei einer Operation, die zwar regelmässig in einem Schnitt oder Stich bestehe, nur äusserlich das Bild einer Verletzung vorhanden sei, dass aber in Wirklichkeit eine heilsame Behandlung durch den Arzt niemals als körperliche Misshandlung oder Gesundheits-

schädigung zu bezeichnen sei. Der Arzt, der eine operative Behandlung einleitet, übe, so meint Stooss, keine körperverletzende, gesundheitsschädigende Tätigkeit aus. Er behandle den Kranken, und misshandle ihn nicht. (Vergl. Stooss, Die chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Berlin 1898) „Kein Mensch," so schreibt er, „am allerwenigsten der Kriminalist könnte doch eine Operation als Verletzung bezeichnen, wenn der Patient z. B. durch den kunstreichen Starschnitt das Augenlicht wieder gewönne." Die gelungene Operation ist nach Stooss niemals Verletzung. (Ihm folgt Zürcher, Z. f. Schw. Str. XI. S. 490., Z. f. Schw. Str. VI S 54.) Allen diesen Argumentationen von Hess, Kitzinger, Frank, Binding, Kohler. Beling und Stooss, ist als Kernpunkt der Gedanke gemeinsam: die Operation ist Heilbehandlung des Körpers, also nicht Schädigung oder Verletzung des Körpers. Aber Finger (Z. 20 S. 19) beweist, dass diese Folgerung falsch ist. Bleiben wir bei dem von Finger gewählten Beispiel: Es wird der Daumen der rechten Hand amputiert. In diesem Falle müsste vom Standpunkt jener Auffassung gesagt werden, wenn der Arzt auch den Daumen der rechten Hand amputiere, so verletze er doch nicht, denn die Amputation sei Mittel zur Erhaltung des Körpers des Patienten, ohne die Amputation würde der Kranke wahrscheinlich bald die ganze Hand, vielleicht den Arm verlieren, die Amputation heilt somit den ganzen Körper, verletzt ihn nicht. Finger zeigt schlagend, dass diese Argumentation ein Trugschluss ist, da in demselben Syllogismus der Ausdruck „Körper" in zweifachen Sinne verwendet wird. Während nämlich das eine Mal „Körper" die Bedeutung hat: Alle Körperteile einschliesslich des Daumens der rechten Hand, bedeutet er das andere Mal: Alle Körperteile mit Ausschluss des Daumens der rechten Hand. Wenn nämlich eine Amputation auch vielleicht geeignet ist zur Erhaltung des Körpers ohne den abzunehmenden Körperteil so ist sie doch eine Verletzung des Körpers einschliesslich jenes Körperteils, indem sie den Körper als Ganzes eben um jenes Glied verkürzt. Die Verletzung des Ganzen kann nicht aus dem Grunde verneint werden, weil die Verletzung des Teiles zur Erhaltung des Ganzen diene. Sonst müsste man auch, wie Finger bemerkt, sich zu der verkehrten Ansicht bekennen, dass das Eigentum desjenigen nicht verletzt werde, dem im Falle eines Brandes das Holzdach seines Hauses abgerissen werde, damit das Feuer vom Nachbargrundstück nicht übergreife, da ja eine Handlung, die Eigentumserhaltung sei,

nicht Verletzung des Eigentums sein könne. Dies Beispiel zeigt deutlich, dass der Erfolg einer solchen Erhaltung der Handlung nicht den Charakter der Verletzung nehmen kann. Das gleiche gilt für die ärztliche Operation. Wenn mit ihr auch der Erfolg der Erhaltung des Körpers in möglichst weitem Umfange erstrebt wird, so vermag es doch weder der vorgestellte, noch der wirklich erzielte Erfolg, der Ausführung der Operation als der Durchgangsstufe zur Erreichung dieses Erfolges den Charakter einer körperlichen Misshandlung zu nehmen. Wenn die Verletzung auch ein Mittel zur Heilung ist, so verliert dadurch „dieses Mittel in seiner objektiven Wirkung" nichts (so Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht S. 5 Festausgabe für Bekker Berlin 1899) es enthält eine Körperverletzung. Der Erfolg kann einen begrifflichen Unterschied nicht ausmachen.

Das Gesetz gibt keine Definition des Begriffes der Körperverletzung, scheidet aber in Misshandlung und Gesundheitsbeschädigung. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch versteht man unter „Misshandeln" ein Behandeln, wie es nicht sein sollte. (Vergleiche E. 19 S. 136) „ein unangemessenes, schlimmes, übles Behandeln." (Olshausen § 223 No. 4.) Und „Verletzen" bedeutet wie aus Grünau's Wörterbuch zu ersehen ist, nicht nur schädigen, sondern auch „wundmachen." Dem ärztlichen Operieren kann man sowohl die Bedeutung „wundmachen" beimessen, als auch die von „unangemessenes Behandeln." Denn abgesehen davon, dass jede Operation eine Wunde erzeugt, ist es offenbar eine Behandlung wie sie nicht sein sollte, wenn durch Stiche oder Schnitte Adern, Sehnen und Nerven zerstört werden, da diese von Natur nicht dazu bestimmt sind zerstört zu werden, sondern dazu, die Blutzirkulation zu fördern, die Muskeln zu verbinden usw. (So Beling S. 152). Eine Zerstörung dieser Organe ist eine Misshandlung; sie bedeutet doch geradezu eine, wenn auch nur vorrübergehende, Hemmung der Funktion des lebendigen Organismus des menschlichen Körpers; und insoweit liegt in ihr zugleich eine „Schädigung des Gesamtorganismus", wie Beling (Z. 18 S. 286) sie für eine Körperverletzung verlangt. Die gemeine Meinung ist also durchaus auf dem richtigen Wege, wenn sie operative Eingriffe am menschlichen Körper objektiv regelmässig als Körperverletzungen im Sinne des § 223 St. G. B. auffasst.

Zur Begründung dieser Auffassung weist die Entscheidung des Reichsgerichts im 25. Band, Seite 375 auf die Entstehungs-

geschichte des § 223 hin, und aus den Motiven zu § 223 geht in der Tat hervor, dass durch die jetzige Formulierung des § 223 St. G. B.: „wer körperlich misshandelt, oder an der Gesundheit beschädigt", anstatt der kasuistischen des § 187 St. G. B. zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass unter dem Ausdruck „körperlich misshandeln" im weitesten und allgemeinsten Sinne alle dem Körper zugefügten Verletzungen zu verstehen sind. Auch ein operativer Eingriff ist, wie oben gezeigt worden, eine solche Verletzung. Zu mindest müssen aber die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht zugeben, dass der ärztliche Eingriff eine solche Verletzung des Körpers in sich schliesst.

Hiergegen könnte nun noch der Einwand erhoben werden, eine Misshandlung sei ausgeschlossen, wenn der Patient infolge Narkose keinen Schmerz empfinde. Allerdings verlangen einige Strafrechtslehrer für den Begriff der Misshandlung die Verursachung eines Schmerzes. So liegt nach Wächter (Deutsches Strafrecht 1887 S. 340) in dem Worte „misshandeln" zum mindesten „dass eine Erzeugung von erheblichen Schmerzen bewirkt wurde", und auch nach Hälschner (Gemeines Deutsches Strafrecht II S. 85) ist „eine sinnlich wahrnehmbare Empfindung der Unlust", ein körperlicher Schmerz Begriffsmerkmal der körperlichen Misshandlung. Aber das Gesetz enthält, wie auch E. 19 S. 136 hervorhebt, keine Bestimmung dahin, dass die Strafbarkeit von der Empfindung oder der Möglichkeit der Empfindung der Verletzung durch den Verletzten abhängt. Ferner liegt die Schmerzempfindung nicht im Begriffe der Misshandlung, wie wir ihn festgestellt haben, denn nicht jede, dem körperlichen Organismus zugefügte Verletzung erzeugt in jedem Verletzten ein Schmerzgefühl. Und endlich würde das Erfordernis der Schmerzempfindung zum Begriffe der Misshandlung zu der Konsequenz führen, dass Misshandlungen von im Zustand der Bewusstlosigkeit befindlichen Personen niemals strafbare körperliche Misshandlungen sein könnten. Daher muss es, wie auch E. 29 S. 59 richtig ausspricht, gleichgültig bleiben, ob die Misshandlung dem Verletzten zum Bewusstsein kommt, oder nicht. Vielmehr ist, wie Binding (Lb. I. S. 43) zugiebt die Schmerzempfindung nur ein Symptom der Körperverletzung, sodass ihm zuzustimmen ist, wenn er daraus die „Möglichkeit strafbarer Misshandlungen Bewusst- oder Empfindungsloser" folgert. Eine Narkose würde also der Annahme einer körperlichen Misshandlung im Sinne des Strafrechts nicht entgegenstehen.

Eine weitere Feststellung, ob die Operation ausser der körperlichen Misshandlung noch eine Gesundheitsbeschädigung ist, erübrigt sich. Es dürfte v. Kries (G. 25, S. 44) darin beizustimmen sein, dass zwischen den beiden Begriffen nur ein Unterschied in der Quantität besteht, und sowohl Liszt wie Olshausen geben zu, dass die Grenze eine fliessende ist. Die Abgrenzung der beiden Begriffe gegeneinander ist auch überflüssig; es genügt vielmehr die alternative Feststellung, dass die Operation eine körperliche Misshandlung oder Beschädigung der Gesundheit darstellt; denn es handelt sich im § 223 um einen alternativen Mischtatbestand, die „Verschiedenheit der Handlung" vermag an der Einheitlichkeit des Delikts nichts zu ändern. (Vergl. Wertheimer, Die Mischgesetze des Deutschen Strafgesetzbuches, S. 3.) Dass das Gesetz die körperliche Misshandlung oder Beschädigung an der Gesundheit tatsächlich als einheitliches Delikt auffasst, geht aus der gemeinsamen Bezeichnung beider Tatbestände als „Körperverletzung" und aus der in § 223a, 224, 226 befindlichen Verweisung auf ein einheitliches Delikt „Körperverletzung" hervor. § 223 ist also ein alternatives Mischgesetz, und bei „alternativen Mischgesetzen ist alternative Feststellung" zulässig. (Wertheimer, S. 18, Olshausen, § 223, Note 7, Abs. 2.) Eine besondere Feststellung, ob die Operation körperliche Misshandlung oder ob sie Gesundheitsbeschädigung ist, erübrigt sich hiernach. Wichtig für das Folgende ist dagegen, an unserem obengewonnenen Ergebnis festzuhalten, dass die vom Arzte vorgenommene Operation eine Verletzung des Körpers im Sinne des § 223 ist. Auch die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht können doch eigentlich nicht bestreiten, dass jede Operation zu mindest eine vorübergehende Verletzung des Körpers ist. Eine Auffassung, nach welcher die selbständige Natur dieses Zwischenerfolges einfach geleugnet, „der fatale Teil einfach von der Heilbehandlung konsumiert wird," (Binding, Lb. I, S. 56) dürfte dem analysierenden Geist der Jurisprudenz nicht entsprechen. Die Elemente einer Handlung sind unter juristische Begriffe zu subsumieren, und die Jurisprudenz sollte, um mit Binding zu reden, Stolz genug besitzen, für ihr Gebiet ihre Betrachtungweise nicht leichtfertig zu opfern. Die juristische Betrachtungsweise erfordert es aber, der in der ärztlichen Operation liegenden Verletzung des Körpers volle Beachtung zu schenken.

Wenn nun auch nach dem Vorstehenden die ärztliche Operation unter den Begriff der körperlichen Misshandlung zu

subsumieren ist, so ist doch nicht jede Misshandlung des Körpers, sondern nur die rechtswidrige mit Strafe bedroht. Andererseits ist es eine dem Rechtsbewusstsein vollkommen entsprechende Tatsache, dass ärztliche Operationen im Allgemeinen nicht bestraft werden, also nicht als rechtswidrig angesehen werden. So kommt es, dass die kriminalistische Wissenschaft mit der grossen Frage ringt, welcher Grund es sei, der die äusserlich von den meisten als eine Körperverletzung angesprochene chirurgische Handlung als nicht rechtswidrig erscheinen lasse. Einstimmigkeit herrscht darüber, dass die mit der Einwilligung des Kranken oder seines legitimierten Vertreters vorgenommene sachgemässe ärztliche Operation straflos ist; dass sie dagegen strafbar ist, wenn sie gegen den Willen des Kranken oder gegen den des legitimierten Vertreters vorgenommen wird, wird ebenfalls fast einstimmig zugegeben. Es handelt sich aber garnicht, wie Binding treffend bemerkt, um die Frage der Strafbarkeit, sondern die der Rechtswidrigkeit, und es ist Binding ferner darin beizustimmen, dass nur „aus dem Wesen des Angriffsobjektes der Körperverletzung der Grundgedanke für die Lösung dieser neuerdings soviel ventilierten Streitfrage gewonnen werden kann." (Binding, Lb. I, S. 53, A. 1.)

Der Untersuchung der Frage der Rechtswidrigkeit der körperlichen Verletzung legen wir die vom Reichtsgericht in Band 25, S. 375 (in letzter Zeit bestätigt durch R. G. Z. Bd. 68, S. 431) gegebene Definition zu Grunde: „Objektiv rechtswidrig ist jedes an sich normwidrige Handeln, solange dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes selbständiges Recht zur Seite steht."

Hier entsteht zunächst die Frage: Was ist normwidrig? Normwidrig ist ein Handeln, welches gegen eine Norm läuft. Alle Delikte laufen gleichmässig gegen die Normen, die sie verbieten, heisst es bei Binding, (Normen § 44) insoweit sind sie Normwidrigkeiten. Gegen welche Norm läuft nun die Verletzung des Körpers? Wir finden die durch ein Gesetz geschützte Norm nach Binding im wesentlichen durch Umwandlungen des ersten Teiles unserer Strafrechtsätze in einen Befehl, nicht zu handeln, wie es daselbst bezeichnet, oder zu handeln, wie es dort gefordert wird. So finden wir als die durch § 223 geschützte Norm den Befehl: „Ihr sollt die Körperintegrität eines Andern nicht verletzen!" (Binding, N. I, S. 192.)

Die Feststellung, ob eine Handlung nun wirklich gegen diese Norm verstösst, erfordert aber des Ferneren noch eine genaue Feststellung des „Objektes der Norm" des „Objektes des unmittelbaren Schutzbedürfnisses." (Binding, N. I, S. 340.) Soweit folgen wir Binding.

Abweichend von Binding sehen wir jedoch das Schutzobjekt der Norm nicht in dem Rechtsgut, sondern in dem Interesse einer Person an einem Gut. Nach Binding's Definition ist Rechtsgut: Alles an dessen unverändeter und ungestörter Erhaltung das positive Recht nach seiner Ansicht ein Interesse hat, was es deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist. Danach wäre in dem Rechtsgut z. B. in einem Buche das direkte Objekt des Rechtsschutzes zu sehen, und das positive Recht wäre es, welches ein Interesse an der Erhaltung desselben hätte. Aber einerseits schützen die Normen nicht das Gut selbst, oder sind um seiner Erhaltung selbst willen da, vielmehr gebieten und verbieten die Normen nur mit Rücksicht auf ein durch die Aenderung berührtes Interesse, und andererseits ist es einleuchtender, in Personen die Subjekte von Interessen zu sehen, als in dem positiven Recht, einem Inbegriff von Normen. (Vergl. Kessler, Einwilligung des Verletzten S. 56.) So ist die Beschädigung des Buches nicht um der Beschädigung willen verboten, sondern nur mit Rücksicht auf das Interesse einer Person, das eventuell durch die Beschädigung verletzt werden kann.

Gegenstand des Normenschutzes ist also ein persönliches Interesse, das heisst: „Das Verhältnis einer Person zu einer Tatsache, vermöge dessen das Eintreten oder Nichteintreten derselben für ein Gut der Person eine nachteilige Folge hat." Vergl. Kessler, GS. 1888, S. 562.) Ein solches Interesse soll durch die Norm geschützt werden. Daher ist auch nur eine solche Handlung als durch die Norm verboten anzusehen, welche in concreto das fragliche Interesse verletzt. [1])

Nun hat an der Erhaltung der Körperintegrität des Individuums sowohl der betreffende Mensch als auch die juristische Person des Staates ein Interesse, wie noch unten begründet werden wird.

---

[1]) Ebenso Hertz, Unrecht, S. 58/59, während Finger GS. 1888, S. 156 diese Auffassung als Verwechslung eines Motives eines bestimmten Strafgesetzes mit dem Objekt des Verbrechens bezeichnet.

Daher ist jede Verletzung des Körpers normwidrig, wenn sie

a) das Interesse des Einzelnen oder
b) das Interesse des Staates verletzt.

So gewinnen wir das Prinzip: Die ärztliche Operation ist normwidrig, wenn sie das Interesse des Patienten, oder das des Staates verletzt, sie ist also nach der zu Grunde gelegten Definition von „rechtswidrig" in diesen Fällen rechtswidrig, es sei denn, dass dem Arzt ein die Norm einschränkendes Recht zur Seite steht.

Nach diesem Prinzip ist die Frage der Rechtswidrigkeit der ärztlichen Operation zu beurteilen, je nachdem die Operation mit, gegen oder ohne den Willen des Patienten vorgenommen wird.

1) Die Operation wird gegen den Willen des Patienten ausgeführt; dann verletzt sie sein Interesse, insofern, als der Eingriff in seine Körperintegrität, ganz abgesehen von dem Erfolge, für das Leben des Patienten eine nachteilige Folge hat. Nach objektiver Beurteilung mag ein ärztlicher Eingriff keine nachteiligen Folgen für das Leben des Kranken haben; aber für die Beantwortung der Frage, ob dessen Interesse durch den Eingriff verletzt wird, ist seine subjektive Auffassung massgebend. Denn jeder kann nur selbst beurteilen, ob eine verkrüppelte Existenz überhaupt noch Wert für ihn hat. Kein Anderer kann entscheiden, „ob das Fortleben des gegen seinen Willen Verstümmelten diesem letzteren noch wertvoll erscheint," da es durchaus nicht jedermanns Wunsch entspricht, mit Verstümmelungen weiterzuleben. (Bar, GS. 60. S. 96.) Wer die Operation ablehnt, will offenbar auch lieber sterben, als verstümmelt weiter leben. Durch die gegen seinen Willen vorgenommene Operation wird also sein Interesse an der Erhaltung seiner Körperintegrität verletzt. Da hiernach die gegen den Willen des Patienten vorgenommene Operation das Interesse des Verletzten, also das eine Schutzobjekt der Norm: „Du sollst den Körper eines Anderen nicht verletzen!" angreift, ist sie normwidrig.

Eine weitere Frage ist die, ob nun diese Normwidrigkeit durch besondere Umstände ausgeschlossen wird. Die Beantwortung dieser im Folgenden zu untersuchenden Frage schicken wir voran: Besondere Umstände, welchen die Kraft innewohnt, die Normwidrigkeit der gegen den Willen des Verletzten begangenen Verletzung zu beseitigen, können nicht anerkannt werden. Denn weder Notwendigkeit oder Zweck des ärztlichen Handelns, noch das ärztliche Berufsrecht können die Normwidrigkeit be-

seitigen, wenn der Arzt gegen den Willen des Patienten operiert. (Binding, Lb. I, S. 42.)

Das zur Erreichung eines rechtlichen Zwecks „Notwendige", sagt Binding, ist als solches stets unverboten Die Notwendigkeit der Heilhandlung für die Förderung der Gesundheit sei es, welche ihre Freigabe nötig mache. Aber selbst, wenn die Notwendigkeit eine solche die Normwidrigkeit beseitigende Kraft besässe, so dürften doch über die Notwendigkeit einer Operation in den meisten Fällen Meinungsverschiedenheiten bestehen. Denn niemals kann mit Gewissheit festgestellt werden, dass eine Operation notwendig ist. vielmehr bekommt der Begriff des „zweckentsprechend Notwendigen", wie Galli bemerkt, seinen Inhalt erst durch das Befinden des einzelnen über den einzelnen Fall (Galli, Recht 9, S. 126), sodass bei der Verschiedenheit der Ansichten eine Notwendigkeit schwerlich wird festgestellt werden können. In dem Falle vollends, in welchem die Operation misslingt, erhellt, dass sie tatsächlich das zur Heilung „Notwendige" nicht gewesen ist, da sie hierzu ja nicht einmal geeignet war.

Ebensowenig wie Notwendigkeit kann der Zweck der ärztlichen Handlung die Normwidrigkeit beseitigen. Gegen die von V. Lilienthal aufgestellte Theorie (V. Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht. Festgabe für Bekker und Z. 20, S. 440. Heimberger, Strafrecht und Medicin, S 20), dass der Zweck des ärztlichen Handelns dessen Rechtswidrigkeit ausschliesse, macht Heimberger geltend, dass. wenn heute die Rechtswidrigkeit durch den Zweck des ärztlichen Handelns ausgeschlossen sei, sich dies doch auch für die früheren Zeiten behaupten lassen müsse. Er weist aber aus einer Reihe von Partikularstrafgesetzbüchern nach, dass diese Gesetze ausdrücklich erklärt haben, der Zweck einer Handlung schliesse ihre Rechtswidrigkeit nicht aus. Aber bei der ärztlichen Handlung, so führt Dohna aus (Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, S. 95), habe sich das Zweckmoment doch als das massgebende Prinzip Geltung verschafft. Eine in sich gerechtfertigte. in keinem Sinne unrichtige Handlung, so meint Dohna, könne niemals normwidrig sein, sodass sachgemässe Operationen den gegen die Körperverletzungen erlassenen Strafgesetzen nicht unterfallen könnten. Vielmehr werde, so fährt er fort, die rechtliche Wertung der Handlung durch den ihr innewohnenden berechtigten, realen Zweck beeinflusst. Allerdings ist im Reichsstrafgesetzbuch im Gegensatz

zu den erwähnten Partikulargesetzen nicht mehr ausdrücklich hervorgehoben, dass der Zweck einer Handlung deren Rechtswidrigkeit nicht ausschliesst. Aber das gilt heute als selbstverständlich. Die Ansicht, dass dem Zweck eine die Rechtswidrigkeit beseitigende Kraft innewohne, ist kein neuer Gedanke von Dohna oder Lilienthal, vielmehr beschreiten sie mit der Vertretung dieser Auffassung nur den schon von Hälschner und im Anschluss an ihn den von Rotering eingeschlagenen Weg. (Hälschner, Deutsches Strafrecht I, S. 471. Rotering, Goltdammer. Archiv für Strafrecht, XXX, S. 179.) Es ist wenig überzeugend, wenn Dohna Seite 100 schreibt: „Es scheint geboten, den Akzent von der Berechtigung des Zwecks auf die Berechtigung des Zwecks zu verlegen." (Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeiten, S. 100.) Es ist vielmehr, wie E. 25, S. 375 richtig bemerkt, nicht angängig, das Nichtrechtswidrige der Verletzung in ihrem vernünftigen und heilsamen Zweck zu sehen. Denn der Zweck einer Handlung liegt jenseits ihres Begriffs, kann folglich nicht die Rechtswidrigkeit beseitigen, wenn die Handlung in einer Rechtswidrigkeit besteht.

Wollte man dem Zweck eine solche Bedeutung zumessen, dann müsste man sich, wie Heimberger hervorhebt, (Heimberger, Strafrecht und Medicin, S. 21) aufs Gesetz beziehen können, wie dies bei den von Lilienthal angeführten Fällen möglich ist. (Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung, S. 38.) So bleibt nach § 52 St. G. B. straflos, wer sich durch Drohungen zu einem Verbrechen nötigen lässt, „wenn der Zweck des Verbrechens, das er begeht, in der Absicht begründet ist, sich oder einen seiner Angehörigen einer gegenwärtigen, sonst unabwendbaren Gefahr für Leib oder Leben zu entziehen." Ebenso liesse sich vielleicht aus den Bestimmungen über Notwehr (§ 53 St. G. B.) und Notstand (§ 54 St. G. B.) eine die Rechtswidrigkeit ausschliessende Bedeutung des Zwecks begründen. Für die ärztliche Handlung ist aber eine besondere gesetzliche Bestimmung nicht vorhanden, und bei der Körperverletzung findet der Zweck keine ausdrückliche Berücksichtigung im Gesetz.

Auf Gewohnheitsrecht ist eine solche von den Grundsätzen des Strafrechts abweichende Auffassung ebenfalls nicht zu stützen. Dieser von Oppenheim (Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, Basel 1902) und im Anschluss an ihn von Wolf eingeschlagene Weg (Wolf,

Die strafrechtliche Haftbarkeit der Aerzte) dürfte in der Tat „kaum mehr als ein Notbehelf sein", da sich gegen das positive Recht kein Gewohnheitsrecht bilden kann, und das Reichs-Straf-Gesetzbuch, wie Stenglein hervorhebt, die Materie der Körperverletzungen erschöpfend regelt. (Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung, S. 34, Stenglein, D. J.-Z., Jg. 4, S. 107.) Ferner ist Stooss darin beizustimmen, dass Oppenheim in der Tat gar nicht den Nachweis des Bestehens eines solchen Gewohnheitsrechts unternommen, sondern nur ärztliche Gewohnheit festgestellt hat, die aber kein Rechtsgrund des Schutzes der ärztlichen Tätigkeit ist. (Stooss, Z. f. Schw. Str. 6, S. 52 ff.)

Aber die Auffassung von der die Rechtswidrigkeit ausschliessenden Bedeutung des Zwecks der ärztlichen Handlung findet nicht nur keine genügende Stütze im Gesetz und im Gewohnheitsrecht, sondern es sprechen sogar verschiedene Erwägungen gegen eine solche Auffassung. Dem Zweck im Sinne Dohna's, (Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, S. 104.) dem „realen Zweck," d. h. dem letzten materiellen Erfolg, den die Handlung erreichen soll, kann auf die Wertung der Handlung doch überhaupt nur insoweit Einfluss zukommen, als die Handlung in Wirklichkeit zur Erreichung dieses Zwecks geeignet ist. Das kann aber nur der Erfolg lehren. Die Auffassung Dohna's, dass die rechtliche Wertung einer Handlung durch den Zweck beeinflusst werde, müsste also, obwohl sich ihr Vertreter dagegen sträubt, im Grunde genommen wieder dahin führen, die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit schliesslich vom Erfolg abhängig zu machen. Und, wenn dieser ungünstig ist, kommt auch dem besten „realen Zweck" nicht mehr Bedeutung zu, als einer guten Absicht. Aber Delikt muss Delikt bleiben, auch wenn Zweck und Absicht noch so gut sind. Es ist kein Beweis für die von Dohna und Lilienthal behauptete Bedeutung des ärztlichen Zwecks darin zu sehen, dass der Staat Universitäten, Kliniken, Krankenhäuser errichtet. (Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung, S. 40) Daraus ist nicht zu folgern, dass nach der Auffassung des Staates der ärztliche Zweck die Rechtswidrigkeit ausschliesst, sondern nur, dass der Staat die ärztlichen Handlungen grundsätzlich duldet und fördert. Durch diese grundsätzliche Unterstützung wird die Frage der Rechtswidrigkeit aber garnicht berührt. Wir ersehen aus jenen Institution vielmehr nur die

Tatsache, dass der Staat gewisse Handlungen unterstützt, selbstverständlich nur, soweit sie nicht rechtswidrig sind.

Wer dem staatlich anerkannten Zweck eine die Rechtswidrigkeit ausschliessende Kraft zuerkennt, müsste, wie Heimberger bemerkt, (Heimberger, Strafrecht und Medizin, S. 26.) „nicht nur eine Verletzung des Körpers zur Heilung, sondern jeden Eingriff in fremde Rechte als einen nicht rechtswidrigen ansehen, wenn der Staat dem Zweck des Eingriffs seine Billigung nicht versagt". Daher könnte auch der Eingriff in den menschlichen Körper zu experimentellen Zwecken unter keiner Bedingung rechtswidrig sein; denn der Zweck des Arztes ist hierbei die Bereicherung der Wissenschaft zum Besten der Allgemeinheit, also ein Zweck, den der Staat billigen muss. So könnten noch andere Beispiele aufgeführt werden, welche zeigen würden, dass die Ansicht, von der die Rechtswidrigkeit beseitigenden Bedeutung des Zwecks, zu unhaltbaren Konsequenzen führt.

Ebensowenig wie der Zweck, vermag es das sogenannte ärztliche Berufsrecht, die Normwidrigkeit der gegen den Willen des Patienten ausgeführten Operation zu beseitigen. Früher auch von Binding[1]) vertreten, wird es heute neben Merkel, Berner, Meyer und Anderen von Liszt mit der Erwägung begründet, dass der Staat, da er die Ausübung der Heilkunde gestattet, auch die Anwendung der hierzu erforderlichen Mittel gestatten müsse.

Das ärztliche Berufsrecht hat nun, um mit Bar zu reden, seine „klassische Widerlegung" durch das Reichsgericht in E. 25, S. 377 gefunden. Ein ärztliches Berufsrecht ist in der Tat weder logisch noch praktisch haltbar. Zunächst mangelt es an besonderen Voraussetzungen für ein solches Sonderrecht. Mit Recht weist das Reichsgericht darauf hin, dass, nachdem die früher mit dem ärztlichen Stande verbunden gewesenen öffentlich-rechtlichen Pflichten durch die Deutsche Gewerbeordnung ohne Ausnahme beseitigt worden sind, auch nicht mehr von irgend welchen, aus dem freien Beruf entspringenden Rechten die Rede sein könne. Es müsste ferner, wie das Reichsgericht ausführt, zu ungeheuerlichen Konsequenzen führen, wenn allen ärztlichen Handlungen die Rechtswidrigkeit abzusprechen wäre. Wie die

[1]) Binding, Hb. I, S. 722, Anm. 12: „Ausdrücklich sei bemerkt, dass gefährliche Operationen durch die Rechte des ärztlichen Berufs, nicht aber durch die Einwilligung des Operierten, statthaft werden".

Körperverletzung, so müsste man hiernach auch Freiheitsberaubung, Sachbeschädigung, Nötigung, Hausfriedensbruch und zahlreiche ähnliche Delikte aus dem Bereiche rechtswidriger Handlungen herausheben. Soweitgehende Schlüsse ziehen nun freilich die Vertreter des ärztlichen Berufsrechts nicht, sondern sie sehen in dem entgegenstehenden Willen des Patienten eine Schranke und erklären die gegen seinen Willen vorgenommene Operation für eine strafbare Handlung. Die Zulässigkeit der ärztlichen Handlung, so erklärt Finger, (Finger, Deutsches Strafrecht I, S. 411) ist „bedingt von dem Einverständnis des Kranken. Es bildet die Grenze der Straflosigkeit." Aehnlich sagt auch Lilienthal, ein Vertreter der Zwecktheorie, der Staat achte das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, er unterwerfe niemanden zwangsweise dem Heilverfahren. Zutreffend schliesst Bar hieraus, (Bar, Gs. 60, S. 88) dass der Heilzweck an sich als Rechtfertigungsgrund doch nicht genügend sein könne, wenn ausserdem noch die Einwilligung des Patienten zur Rechtfertigung herangezogen werden müsse. In der Tat folgt aus dem Zugeständnis der Strafbarkeit der gegen den Willen des Patienten vorgenommenen Operation auch deren Rechtswidrigkeit. Das Erfordernis der Einwilligung des Patienten ist unvereinbar mit der Annahme eines ärztlichen Berufsrechts. Denn jedem Recht muss, wie Stenglein hervorhebt, auch die Pflicht eines Verpflichteten entsprechen. (Stenglein, D. J.-Z. 4, S. 107.) Aber nach heutiger Anschauung besteht für das Individuum keine Rechtspflicht[1]), sich in ärztliche Behandlung zu begeben, sondern es ist, wie auch Finger betont, dem Ermessen des Einzelnen überlassen, ob er sich von einer Krankheit heilen lassen will oder nicht. (Vergl. Finger, Deutsches Strafrecht I, S. 411.) Wenn also die ganze Kraft des sogenannten ärztlichen Berufsrechts sich an dem entgegenstehenden Willen des Patienten bricht, so kann man überhaupt nicht von einem Berufsrecht, sondern höchstens von einem Berufsschutz reden. Wir haben also gesehen, dass weder das sogenannte ärztliche Berufsrecht, noch Zweck oder Notwendigkeit des ärztlichen Handelns dem Arzt ein Recht zu Eingriffen in die Körperintegrität gibt.

[1]) Aus diesem Grunde ist auch eine Rechtfertigung der gegen den Willen des Patienten vorgenommenen Operation als Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss § 679 B. G. B. ausgeschlossen, weil § 679 B. G. B. eine Rechtspflicht des Geschäftsherrn voraussetzt. Vergl. Galli, Recht 9, S. 128.

Nun ist aber, wie wir oben gesehen haben, die gegen den Willen des Patienten ausgeführte Operation normwidrig, und jedes an sich normwidrige Handeln ist nach der zu Grunde gelegten Definition rechtswidrig, „solange dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes Recht zur Seite steht." (Vergl. o. S. 12.) Also ist die gegen den Willen des Patienten ausgeführte Operation unter allen Umständen rechtswidrig.

Anders ist die Frage zu beurteilen, wenn die Einwilligung des Patienten vorliegt. Hier entsteht die Frage: wird durch die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit der Verletzung ausgeschlossen.

Zu einer klaren Lösung dieses vielumstrittenen Problems können wir nur gelangen, wenn wir die beiden im Anfang dieses Abschnittes festgestellten Schutzobjekte der durch § 223 geschützten Norm im Auge behalten:

1) Das Interesse des Einzelnen an der Erhaltung seiner Körperintegrität.
2) Das Interesse der Gesamtheit an Leib und Leben des Einzelnen.

Die Körperverletzung ist rechtswidrig, sobald das eine dieser beiden Schutzobjekte verletzt wird, sie ist nicht rechtswidrig, wenn weder das eine noch das andere verletzt wird. Nun ist klar, dass bei vorliegender Einwilligung des Verletzten sein eigenes Interesse an der Erhaltung seiner Körperintegrität nicht verletzt wird, da er durch die Einwilligung in die Verletzung ja den Mangel seines Interesses an der Erhaltung seiner Körperintegrität deutlich genug bekundet. Daraus folgt aber noch nicht, dass bei der Verletzung des Körpers die Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen wird. Denn die Verletzung des Körpers des Einzelnen kann ja das Interesse des Staates an Leib und Leben des Einzelnen verletzen. Darin dürfte nämlich Kessler nicht beizustimmen sein, dass § 223 R. St. G. B. nur das Interesse des betreffenden Individiuums schützt. Kessler folgert dies aus der grundsätzlichen Straflosigkeit der Selbstverletzung. (Kessler, Gs. 38, S. 570. Ihm folgt Rödenbeck, Gs. 37, S. 139.) Ist eine Handlung allen Individuen mit Ausnahme eines einzigen verboten, dann sollte, so meint Kessler, nur das Interesse dieses einen Individuums durch das Gesetz geschützt werden. Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend; das grundsätzliche Unverbotensein

der Selbstverletzung im Gegensatz zu dem Verbotensein der Verletzung Anderer findet eine zureichende Erklärung darin, dass einem grundsätzlichen Verbot der Selbstverletzung das Recht der freien Disposition über den eigenen Körper entgegensteht, während es kein Recht der freien Disposition über den Körper Anderer gibt. Daher kann wohl die Verletzung Anderer, aber nicht die Selbstverletzung grundsätzlich verboten werden. Das grundsätzliche Unverbotensein der Selbstverletzung im Gegensatz zu dem Verbotensein der Verletzung Anderer zwingt also nicht zu dem Schluss auf das Interesse des Einzelnen als auf das alleinige Schutzobjekt der Norm. In der Tat soll durch die Norm: „Du sollst den Körper eines Andern nicht verletzen!" nicht nur das Interesse des Einzelnen, sondern auch das des Staates geschützt werden, denn dieser hat Interesse an Leib und Leben des Einzelnen, weil Verletzungen des Körpers in der Regel Schmälerung der Arbeitskraft zur Folge haben, (Vergl. Geyer, G. S. 26, S. 280) und weil es, wie Breithaupt hervorhebt, für den Staat notwendig ist, dass das körperliche Befinden der Rechtsgenossen diesen gestatte, ihren Beschäftigungen nachzugehen, ihre Pflichten gegen ihre Mitmenschen zu erfüllen und dadurch nützliche Mitglieder der Gesellschaft zu bleiben. Und wenn der Staat auch die Selbstverletzung nicht verbieten kann, so kann er doch die Verletzung Anderer trotz deren Einwilligung verbieten. (Breithaupt, Volenti nonfit inturia, S. 55.) (Vergl. dagegen Klee, Arch. f. Strafrecht 48, S. 177 ff., 337 ff., 50, S. 356 ff., 49, S. 246 ff.)

Auch im Gesetz ist der Einwilligung des Einzelnen in die Körperverletzung keine die Rechtswidrigkeit ausschliessende Kraft zuerkannt worden. Soweit geht selbst bei der Tötung der Einfluss der Einwilligung nicht. Gemäss § 216 St. G. B. bewirkt die Einwilligung in die Tötung nur Strafmilderung. Hälschner folgert daraus, (Hälschner, Gem. Deutsches Strafrecht, S. 473) dass analog auch die Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten milder bestraft werden, „das geringe Mass der Strafbarkeit soweit" berücksichtigt werden müsste, als die relativ bestimmte Strafe dies zulasse, sodass dem Richter ein weiter Spielraum bliebe. (Vergl. Breithaupt aaO. S. 70.) Hierin dürfte Hälschner aber kaum beizupflichten sein; denn hiernach wäre es, wie der Abgeordnete Schwarze (Stenogr. Ber. p. 658, 659, zitiert nach Breithaupt, S. 60) bei den Verhandlungen bemerkte, dem Richter gestattet, zwischen dem Minimum von 3 ℳ. Geldstrafe und dem Maximum von nahezu

2 Jahren Zuchthaus ganz nach seinem Ermessen zu erkennen, falls einmal eine schwere Körperverletzung beabsichtigt und eingetreten wäre, also § 225 zur Anwendung käme. Der Analogieschluss von der durch Einwilligung in die Tötung bewirkten Strafmilderung auf eine ähnliche Wirkung der Einwilligung in die Körperverletzung führt also zu einem praktisch unbrauchbaren Ergebnisse.

Wenn nun aus § 216 St. G. B. nicht einmal auf Strafmilderung durch die Einwilligung in die Körperverletzung geschlossen werden darf, so kann gewiss noch viel weniger der Ausschluss der Rechtswidrigkeit durch Einwilligung in die Körperverletzung aus § 216 gefolgert werden. Ortmann will aus der Entstehungsgeschichte des § 216 beweisen, (Ortmann, Gs. 35, S. 381) dass die Einwilligung des Verletzten in die Körperverletzung deren Rechtswidrigkeit ausschliesse. Die Einwilligung des Getöteten ist nämlich nach Ortmann's Ansicht nicht als ein blosser Strafmilderungsgrund, sondern als ein die Verbrechen des Mordes und des Totschlages begrifflich ausschliessendes Moment anzusehen. Daher müsse auch, so argumentiert er, die Einwilligung des am Körper Verletzten nicht als ein strafmindernder Zumessungsgrund, sondern als ein das Verbrechen der dolosen Körperverletzung begrifflich ausschliessendes Moment zu gelten haben. Gleichviel, ob die Einwilligung in die Tötung ein strafmilderndes oder den Begriff ausschliessendes Moment ist, was bei der Tötung gilt, gilt darum doch nicht bei der Körperverletzung. Vielmehr geht aus den Verhandlungen des § 216 deutlich genug hervor, dass der Gesetzgeber nicht gestatten wolle, von § 216 irgend einen Schluss auf die mit Einwilligung des Verletzten zugefügte Körperverletzung zu ziehen; denn man wollte in der Tötung mit Einwilligung ein ganz besonderes Delikt schaffen, „von welchem allgemeine Sätze nicht entnommen werden dürften." (Stenogr. Ber. p. 658, Dr. Leonhardt, zitiert nach Breithaupt, S. 58.) Daher ist Merkel zuzustimmen, wenn er aus dem Umstande, dass die Einwilligung in die Körperverletzung im Reichsstrafgesetzbuch nicht speziell berücksichtigt worden ist, folgert, dass sie die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht ausschliesst. (Merkel Holzendorff Rechtslexicon II, S. 546.)

Ebenso führt E. 2, S. 442 aus, es spreche die Tatsache, dass die Einwilligung nur bei der Tötung berücksichtigt worden sei, dafür, „dass ihr überhaupt sonst eine rechtliche Wirksamkeit nicht beigelegt werden sollte". Und während Binding aus dem

geringen Einfluss, welcher der Einwilligung in die Tötung ausdrücklich im Gesetz eingeräumt ist, grundsätzlich auf einen weitergehenden Einfluss der Einwilligung schliesst, (Binding Hb. I, S. 722.) äussert sich E. 6, S. 61 ähnlich wie die oben zitierte Entscheidung dahin, es lasse sich nicht bei dem Mangel einer etwa dem § 216 nachgebildeten Vorschrift für Körperverletzungen aus der Einwilligung des Verletzten das Nichtvorhandensein strafbarer Körperverletzung begründen.

Ebensowenig wie aus § 216 kann aus § 142 ein Schluss auf den Einfluss der Einwilligung in die Körperverletzung gezogen werden. Binding und Andere sehen in § 142 nur eine ausnahmsweise aufgestellte Strafandrohung gegen die mit Einwilligung des Verletzten vorgenommene Körperverletzung, welche sonst grundsätzlich straflos sei. Nach § 142 stehe, so argumentiert Binding, (Binding, Hb. I, S. 722.) die Verstümmelung Einwilligender, um sie zum Militärdienst untauglich zu machen, also eine qualifizierte Verstümmelung nur unter der Strafe des Gefängnisses, während sie in jeden andern Falle gemäss § 225, denn nur die schwere Körperverletzung könne zur Vergleichung herbeigezogen werden, mit Zuchthaus zu bestrafen wäre. Aus diesem widersinnigen Ergebnis, dass eine schwere qualifizierte Körperverletzung, milder zu bestrafen, als eine schwere nicht qualifizierte Körperverletzung, schliesst Binding, dass grundsätzlich die Körperverletzungen Einwilligender straflos seien, und dass § 142 nur eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei. (Vergl. Kessler, Einwilligung, S. 75.) Jenes Ergebnis ist jedoch nicht so widersinnig, insbesondere lässt sich die Strafbestimmung des § 142 sehr wohl mit der Annahme vereinbaren, dass grundsätzlich die Körperverletzung Einwilligender strafbar ist. Es fallen nämlich, wie Kronecker (Kronecker, GS. 35, S. 223.) der im übrigen ebenso wie Binding argumentiert, zugibt, unter die Verstümmelung des § 142 auch Fälle, welche als Körperverletzungen im Sinne des § 224 nicht angesehen werden können. Also ist es nicht allein § 225, welcher zum Vergleich mit § 141 herangezogen werden kann, vielmehr ist die Unbrauchbarmachung zum Militärdienst auch durch eine leichte Körperverletzung möglich. Die leichte Körperverletzung ist aber Antragsdelikt. Daher würde eine derartige Unbrauchbarmachung zum Militärdienst straflos bleiben weil, der Verletzte keinen Strafantrag stellen würde. Um dies, und überhaupt die Anwendung der leichten Strafbestimmungen des § 223 gegen-

über einem das Staatswohl schädigenden Delikt zu verhindern, hat man in der Unbrauchbarmachung zur Wehrpflicht ein besonderes, von amtswegen zu verfolgendes Delikt geschaffen.

So sehen wir, dass die Auffassung von der die Rechtswidrigkeit ausschliessenden Wirkung der Einwilligung des Verletzten in die Körperverletzung im Gesetze keine Stütze findet. In der Tat sind Leben und Gesundheit des Einzelnen (Vergleiche, Oberreichsanwalt zu E. 25, S. 375) so wertvolle, unentbehrliche Güter, dass deren Erhaltung im Interesse des Gesamtwohls geboten erscheint und der einzelne Inhaber auf dieselben nicht verzichten darf, und sich ihrer zu entäussern nicht berechtigt ist. Das Interesse des Staates ist also der Grund, aus welchem der Einwilligung des Verletzten in die Körperverletzung, abgesehen von § 216, eine die Rechtswidrigkeit beseitigende Wirkung abgesprochen werden muss.

Wenn nun auch die Einwilligung nicht die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung beseitigen kann, welche das Interesse der Gesamtheit verletzt, so verletzt hinwiederum nicht jede Körperverletzung das Interesse der Gesamtheit. Dies ist zum Beispiel nicht der Fall, wenn jemand zur Erhaltung seines Lebens und seiner Gesundheit sich einer sachgemässen ärztlichen Operation unterwirft, welche nach dem Stande der Wissenschaft geeignet ist, ihn von einem bereits vorhandenen Leiden zu befreien. Einer solchen Behandlung sich zu unterziehen, ist jeder berechtigt, nach Hälschner sogar sittlich verpflichtet, (Hälschner, Gemeines Deutsches Strafrecht I, S. 471.) zumindest sind jedenfalls „die mit dem ärztlichen Beruf verknüpften Qualitäten des Wissens und Könnens dazu angetan, dem einer Operation zustimmenden Willen einen vernünftigen sittlich beachtenswerten Inhalt zu verleihen." (E. 25, S. 375.) Eine sachgemässe ärztliche Behandlung verletzt nicht das Interesse der Gesamtheit, fördert es vielmehr, da sie nach den Regeln der Wissenschaft zur Erhaltung des Einzelnen geeignet ist. Eine mit Einwilligung des Patienten vorgenommene sachgemässe ärztliche Operation verletzt also weder das Interesse des Einzelnen, noch das des Staates, läuft folglich nicht gegen die durch § 223 geschützte Norm, ist mithin nicht rechtswidrig Diese Feststellung der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit ist für die praktische strafrechtliche Beurteilung ausreichend, weil mit der Rechtswidrigkeit die Strafbarkeit entfällt.

Daher erübrigt es sich, zur Begründung der Straflosigkeit einer mit dem Willen des Patienten vorgenommenen Operation nach einem besonderen Ausnahmegesetz zu forschen, wie Richard Schmidt ihn in der „ärztlichen Regel" gefunden zu haben glaubt, (Richard Schmidt, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, S. 38.) die er wieder durch die Berufung auf die beteiligten Interessen der Patienten und der Aerzte zu rechtfertigen sucht.

Ebenso ist auch der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag entbehrlich. Von Rosenberg und Zitelmann in die Diskussion getragen, (Rosenberg, G. S. 62, S. 62.) wird er von Galli gegen Brückmann verteidigt. (Galli, R. 9, S. 127.) (Brückmann, Z. 24, S. 685.) Ganz abgesehen davon, dass in vielen Fällen durch die blosse Tatsache, dass der Operateur auch der behandelnde Arzt des Patienten ist, also in einem Vertragsverhältnis zu diesem steht, eine auftraglose Geschäftsführung schon begrifflich ausgeschlossen ist, bildet der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt keine genügende Rechtfertigung für die Vornahme der Operation ohne den Willen des Patienten. Wenn eine nicht unter Fürsorge stehende Person in die Unmöglichkeit versetzt sei, so führt Rosenberg aus, selbst für die Erhaltung ihres Lebens und ihrer Gesundheit zu sorgen, so biete das Rechtsinstitut der negotiorum gestio ein geeignetes Mittel, um die ärztlichen Berufshandlungen juristisch zu rechtfertigen Da nämlich ein Patient bei Gefahr im Verzuge in der Regel den ersten auffindbaren Arzt mit der Vornahme aller zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Massregeln beauftrage, sei ein Arzt, welcher diese Massregeln ohne ausdrücklichen Auftrag des Patienten treffe, zu der Annahme berechtigt, dass seine Handlungsweise dem Willen des Patienten entspreche. „Die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677, 681, 683 B. G. B. finden auf ihn Anwendung." Hierbei übersieht Rosenberg, wie Brückmann hervorhebt, (Vergl. Brückmann, Z. 24, S. 687.) dass, während das bürgerliche Recht die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung voraussetzt, das Strafrecht keine nachträglichen Heilungen strafbarer Handlungen kennt. In der Tat kann, wie auch E. 25, S. 375 betont, im Strafrecht eine nachträgliche Zustimmung nicht mehr Bedeutung als die nachträgliche Verzeihung einer einmal verübten Rechtsverletzung beanspruchen. Denn sonst könnte die Entscheidung über die durch ein solches nachträgliches Gutheissen seitens des Patienten bedingte Rechtmässigkeit der Operation

und „die davon abhängige Frage der Deliktsverübung" „durch langwierige Verhandlungen, wissenschaftliche Diskussionen usw. zwischen dem Arzt und dem Patienten all zu sehr in die Länge gezogen werden". (E. 25, S. 375.) Vielmehr handelt es sich, wenn es gerade den Tatbestand der verbrecherischen Handlungen ausmachen würde, dass ohne einen ausdrücklich erklärten Vertragswillen ein Ziel verwirklicht worden ist, um einen feststehenden, „der Vergangenheit angehörigen Tatbestandskomplex" der als solcher für die juristische Beurteilung „für immer festgelegt und unwandelbar" ist. (Brückmann, Z. 24, S. 687.)

Wenn nun auch die nachträgliche Genehmigung im Strafrecht ohne Einfluss ist, so dürfe dies doch, wie Galli meint, (Galli, Recht 9, S. 127) den Strafrichter nicht abhalten, eine Tätigkeit als straffrei anzusehen, die vom Zivilrecht begünstigt werde durch das „Institut der Menschenhilfe im Privatrecht", wie Kohler die negotiorum gestio genannt hat. (Vergl. Brückmann, Z. 24, S. 666 und Kohler, Juristisches Literaturblatt 16, S. 224.) Sonst würde sich das Resultat ergeben, dass die vom Zivilrecht gebilligte Hülfe aus strafrechtlichen Gründen gerade da versage, wo sie am meisten benötigt werde. Es dürfte jedoch nicht so widersinnig sein, wie Galli meint, dass eine solche Tätigkeit dem Strafrecht verfalle, insbesondere, wenn sie in Verletzungen des Körpers besteht. Gegen die Anwendung des Instituts der negotiorum gestio auf eine Verletzung des Körpers spricht in der Tat noch der triftige Grund: die Folgen der zivilrechtlichen negotiorum gestio können für den Geschäftsherrn im schlimmsten Falle zivilrechtliche Nachteile sein. Die Verletzung des Körpers kann aber den unvergleichlich schwerer wiegenden Verlust von Körperteilen zur Folge haben. Auf solche mit dem ganzen Leben so eng verknüpfte Interessen darf sich ohne Auftrag keine Geschäftsführung erstrecken.[1])

3) Nun sind aber in der ärztlichen Praxis die Fälle nicht selten, dass die Operation vorgenommen wird ohne vorherige Erforschung des Willens des Patienten. Der Arzt, der mit seinem

[1]) Hamm, D. J. Z. 12, S. 450 lehnt die Geschäftsführung ohne Auftrag aus dem Grunde ab, weil unter Besorgung der Geschäfte für einen Anderen die Besorgung an Stelle des Anderen zu verstehen sei, also die Besorgung eines Geschäftes, welches der Geschäftsherr im Falle der Nichtbehinderung selbst vornehmen würde. Die ärztliche Behandlung sei aber kein Geschäft, „welches der Kranke selbst vornehmen könnte, und das der Arzt an seiner Stelle besorge", sei mithin nicht als Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen.

Patienten zuvor noch nicht die Frage der Operation erörtert hat, erkennt z. B. gelegentlich einer in der Narkose vorgenommenen Untersuchung die Notwendigkeit einer Operation. Wenn er in diesem Falle die Operation auf der Stelle vornimmt, so handelt er weder gegen noch mit, sondern ohne Willen des Patienten. In diesem Falle ist zu unterscheiden, ob Gefahr im Verzuge, oder ob es tunlich war, erst den Willen des Patienten zu ermitteln.

aa) Nehmen wir zunächst an, es war Gefahr im Verzuge: wenn nicht auf der Stelle die Operation vorgenommen wird, ist die Heilung völlig ausgeschlossen; die Einwilligung des Patienten ist aber nicht zu erlangen, da er in der Narkose liegt, also bewusstlos ist. In diesem Falle gewinnen die gegenüber einem etwaigen Widerspruch des Patienten bedeutungslosen Momente, wie Zweck und Notwendigkeit der ärztlichen Handlung, sowie die Stellung des Arztes grosse Bedeutung. Wenn der Beruf, wie oben ausgeführt ist, auch nicht imstande ist, die Rechtswidrigkeit einer gegen den Willen des Patienten vorgenommenen Operation zu beseitigen, so ist doch die Stellung als behandelnder Arzt bei Gefahr im Verzuge und bei gleichzeitiger Unmöglichkeit der Erforschung des Willens des Kranken ein zureichender Grund, die Einwilligung des Kranken in dringend notwendige Massnahmen zu präsumieren. Denn die Stellung als behandelnder Arzt bekundet deutlich das Vertrauen, welches der Patient in den Arzt und seine Kunst setzt. Er würde sich doch als vernünftiger Mensch dem Rate des Arztes, dem er sich anvertraut hat, unterordnen, wenn dieser nunmehr die Operation für durchaus notwendig erklärt. (Bar, G. S. 60, S. 97.) Denn das Opfer eines geringeren Gliedes um ein umfassenderes, das Opfer einer organischen Funktion, um das Leben zu retten, ist vernünftig, falls nach dem Stande der Wissenschaft dies Opfer zweckmässig erscheint, Unter diesen Umständen führt uns zwar nicht der Beruf des Arztes, aber seine Berufung zur Behandlung zu der Präsumption eines ihm aktuell zur Seite stehenden Konsenses des Patienten. (Vergl. E. 25, S. 375.) Dass solche Präsumptionen in den meisten Fällen durchaus willkürlich sind, wie Dohna meint, ist nicht richtig, (Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 98) sie finden vielmehr ihre Begründung in dem Durchschnittsverhalten der Menschen, die — von Ausnahmen abgesehen — selbst eine verkrüppelte Existenz in der Regel dem sichern Tode vorziehen. Daher ist Bar darin beizustimmen, (Bar, G. S. 60, S. 97) dass man, wo rasches Eingreifen absolut

notwendig ist, von der Präsumption ausgehen darf, der Patient würde sich für das entscheiden, was „rationell" ist und würde seine Einwilligung zu der Operation erteilen. Eine solche Präsumption ist geradezu notwendig. Wollte man sie nicht gelten lassen, so wäre der Arzt, ohne genügenden Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung, in seiner Tätigkeit aufs Aeusserste gehemmt, (Bar, G. S. 60, S. 98) und die Konsequenz wäre, „eine Masse von Todesfällen, bei denen die ärztliche Wissenschaft mit Recht die Schuld der Jurisprudenz aufbürden würde". Wenn also Gefahr im Verzuge besteht, so ist die Präsumption des Willens des Kranken notwendig, und diese Präsumption des Willens ist der Einwilligung, der erklärten Uebereinstimmung des Willens der Person mit der ärztlichen Handlung, gleich zu achten.

bb) Nun musste aber die Operation vielleicht nicht unbedingt auf der Stelle vorgenommen werden, vielleicht war keine Gefahr im Verzuge. In diesem Falle liegt auch keine Notwendigkeit zu einer Präsumption des Willens vor, es konnte der wirkliche Wille ja erst erforscht werden. Wo die Präsumption der Einwilligung aber nicht durchaus notwendig ist, ist sie auch unzulässig. Denn, wenn auch im Allgemeinen bei der Zweckmässigkeit der ärztlichen Operation der präsumierte Wille dem wirklichen Willen des Kranken entspricht, so sind doch, was schon oben betont wurde, auch Fälle denkbar, in denen der Patient mit guten Gründen den sichern Tod einer verkrüppelten Existenz vorziehen mag, und es ist Bar darin zuzustimmen, (Bar, G. S. 60, S. 93) dass es nicht angeht, den Arzt zum Vormund jedes beliebigen Menschen zu machen, insoweit es sich um dessen Gesundheit handelt. Eine Ausserachtlassung des Willens des Kranken, ohne zwingenden Grund, ist gleichbedeutend mit der Verneinung oder Verletzung seines Willens. Eine ohne seinen Willen ausgeführte Operation ist unter diesen Umständen gleichbedeutend mit einer gegen seinen Willen ausgeführten, verletzt also sein Interesse an der Erhaltung seiner Körperintegrität. Die Ansicht Dohna's, (Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 107) die „sachliche Richtigkeit, die Angemessenheit des ärztlichen Tuns", entscheidet darüber, in wie weit der Wille des Patienten zu berücksichtigen ist, führt zu einer allzugrossen Unterwerfung des Kranken unter den Willen des Arztes, sodass für jenen keine genügende Sicherheit gegen operationslüsterne Aerzte bestände. Der Spott Bindings, (Binding,

Lb. I, S. 58) über „die ängstlichen Gemüter", welche „die beutegierigen Chirurgen mit gezücktem Messer herumschleichen sehen", ist doch durchaus unberechtigt, wenn es, wie Oppenheim sagt, (Oppenheim, In der Kr. Vierteljahrsschr. f. G u. R., Jg. 1899, Bd. 41, S. 565) keinem Zweifel unterliegt, „dass alle Tage in den Spitälern Experimente vorgenommen werden, welche nach den bestehenden Strafgesetzen als schwer straffällige Körperverletzungen sich darstellen", sodass es doch eines genügenden Schutzes vor ärztlicher Willkür dringend bedarf. Wir haben also daran festzuhalten, dass, wenn keine Gefahr im Verzuge ist, zur Operation erst geschritten werden darf nach erlangter Einwilligung des willensfähigen Patienten, dass die ohne seinen Willen vorgenommene Operation rechtswidrig ist, falls keine Gefahr im Verzuge ist.

Endlich bedarf die Frage noch der Erörterung, ob es sich bei der ärztlichen Operation um eine gefährliche Körperverletzung im Sinne des § 223 a. St. G. B. bezw. um eine Körperverletzung mit tötlichem Ausgang im Sinne des § 226 St. G. B. handelt. Wenn alsbald nach der Operation der Tod des Patienten eintritt, entsteht die Frage, ob der Tod ohne Zusammenhang mit der Operation eingetreten ist, oder ob ein Zusammenhang und was für einer zwischen Operation und Tod besteht. Die Aufklärung über diese Fragen müsste zunächst bei medizinischen Sachverständigen gesucht werden. Ihr Gutachten könnte dahin lauten, dass der Tod die Folge der Operation war. Die Krankheit, die den Patienten befallen habe, so könnte es in dem Gutachten heissen, hätte zwar schliesslich zum Tode führen müssen, aber dieser sei doch durch die Operation beschleunigt worden. In diesem Falle wäre der Kriminalist vor die Frage gestellt, ob die blosse Tatsache der Beschleunigung des Todes durch die Operation genügen darf, um den Arzt als Verursacher des Todes verantwortlich zu machen. Vom Standpunkt der von Liszt und dem Reichsgericht vertretenen Kausalitätstheorien wäre die Frage zu bejahen: Die Verletzung des Körpers ist nicht hinwegzudenken, ohne dass mit ihr der Erfolg, nämlich der in jenem bestimmten Zeitpunkt mit Beschleunigung eingetretene Tod, entfällt. So erklärt denn auch Liszt die von manchen anderen Anhängern der Bedingungstheorie vertretene Auffassung, nach welcher bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten adäquate Verursachung vorliegen müsse, (Liszt, Lb. S. 132, 15. Aufl.) für falsch, vielmehr

ziehe die blosse Tatsache des schweren, wenn auch unverschuldeten[1]) Erfolges nach dem geltenden Gesetz die schwerere Strafe nach sich, und das Reichsgericht teilt diesen Standpunkt. „Die schwere Qualifizierung des Tatbestandes der Körperverletzung", so heisst es in E. 3, S. 546, sei lediglich von der Folge, welche die Körperverletzung gehabt habe, dem verursachten Erfolg abhängig gemacht. Und zur Begründung dieser Auffassung beruft sich das Reichsgericht auf die Entstehungsgeschichte des § 226. Das Reichsstrafgesetzbuch habe sich, so führt das Reichsgericht aus, nach dem Vorbilde des Preussischen Strafgesetzbuches von früheren Auffassungen, welche „der Voraussichtlichkeit des Erfolges bei der Normierung des Tatbestandes der Körperverletzung besondere Rechnung" trugen, absichtlich losgesagt und zum Tatbestand der schweren Körperverletzung lediglich den Vorsatz für einfache Körperverletzung und den wirklich eingetretenen schweren Erfolg, nicht ein Verschulden, etwa Fahrlässigkeit in Beziehung auf die Herbeiführung des letzteren, erfordert. Dies sei auch durch die Eigentümlichkeit des Delikts der Körperverletzung gerechtfertigt, welches erfahrungsgemäss immer die Gefahr schwererer Erfolge als vorausgesehen mit sich führe. (Vergl. Liepmann, Einleitung, S. 74.) Eine weitere Rechtfertigung dieser Erfolgshaftung versucht Finger (Finger, Der objektive Tatbestand als Strafzumessungsgrund, S. 38.) durch Hinweis auf die Notwendigkeit einer Anpassung des Strafmasses an den Eindruck den die Uebeltat auf den durch sie Betroffenen und seine Umgebung mache. Gewisse Erfolge verbotener Handlungen, so führt er aus, ergreifen die Gesellschaft sehr mächtig, und dieses Gefühl suche in der Reaktion gegen die Uebeltat seinen Ausdruck zu finden; die Höhe der Strafe müsse diesem Gefühl entsprechen, und wenn die Strafe ihm nicht gerecht werde, erscheine sie als ungerechte und werde nicht als ein Aequivalent angesehen, wie es für den Verletzten und seine Umgebung verlangt werden müsse. Das Reaktionsbedürfnis der Gesellschaft erfordert also nach seiner Ansicht eine Bemessung der Strafe nach dem Erfolge der Tat.

Dagegen sieht selbst Liszt, obgleich er sich doch durch das bestehende Gesetz zu der Annahme der Haftung für den

[1]) Hälschner, II. 1, S. 103: „Die Tötung muss als verschuldet zuzurechnen sein." Binding, Lb. I, S. 28: „Die Schärfung setzt mindestens fahrlässige Verursachung voraus."

völlig unverschuldeten Erfolg genötigt glaubt, in einer derartigen Erfolghaftung immerhin einen Widerspruch mit „dem heutigen Rechtsbewusstsein". (Liszt, Lb. 15. Aufl., S. 162.)

In der Tat zeigt die Entwickelung des Strafrechts eine steigende Berücksichtigung der psychischen Faktoren gegenüber dem materiellen Erfolge. Während ursprünglich jede strafrechtliche Haftung Erfolghaftung ohne alle Rücksicht auf die psychischen Faktoren ist, betrachtet unsere Zeit das Verschulden des Täters als Bedingung seiner Bestrafung. Während nach Hammurabis Gesetz § 218 ein Arzt bestraft wird, (Ausgabe von Kohler und Peiser, zitiert nach Brückmann, Z. 24, S. 709) wenn er „einem Manne eine schwere Verletzung macht und den Mann zum Tod bringt", bestimmt der schweizerische Entwurf im Artikel 66 „Körperverletzung", dass „die schwere Folge dem Täter nur dann zugerechnet wird, wenn er sie verursachen wollte, oder voraussehen konnte;" (Miler, Welche Konsequenzen ergeben sich, in Rücksicht auf die zukünftige Strafgesetzgebung aus dem Prinzip der neuen Schule) dass also den psychischen Faktoren mehr Bedeutung zuzumessen sei, als dem materiellen Erfolge. (Mitteilungen d. J. K. V. S., S. 72.) In diesen beiden Gesetzen sehen wir jene Entwicklung des Strafrechts von der ausschliesslichen Berücksichtigung des materiellen Erfolges zur besonderen Berücksichtigung der psychischen Faktoren. Somit könnte man es scheinbar mit Recht als die Ueberreste einer gegenwärtig überwundenen Strafrechtsanschauung bezeichnen, wenn nach dem Reichsstrafgesetzbuch § 226 eine besonders hohe Strafe wegen des Erfolges angedroht ist, nämlich, weil „durch die Körperverletzung der Tod des Verletzten verursacht" worden ist. Dieser Vorwurf wäre allerdings berechtigt, wenn es zur Verursachung des Todes durch die Körperverletzung genügen könnte, dass die Körperverletzung eine Bedingung ist, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass mit ihr der Erfolg, der Tod entfällt. Denn diese herrschende Auffassung vom Kausalzusammenhang müsste zu der harten Bestrafung gemäss § 226 führen, auch wenn den Täter keine Schuld an dem schweren Erfolge trifft.

Anstatt jenen Vorwurf zu erheben, die Erfolghaftung entspreche nicht dem „heutigen Rechtsbewusstsein", ist jedoch die vom Reichsgericht vertretene Auffassung von der strafrechtlichen Kausalität aufzugeben. Zur Annahme des Kausalzusammenhanges im Sinne des Strafrechts kann es noch nicht genügen, dass eine

Tatsache die Bedingung ist, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass mit ihr der Erfolg entfällt. (Vergl. zu den folgenden Ausführungen: Liepmann, Einleitung S. 56.) Wenn der Tod des Patienten für den Mediziner auch seine Erklärung in der Ausführung der Operation findet, so darf das für den Kriminalisten noch nicht genügen, ebenfalls dieser Tatsache hinsichtlich des Todes Ursachenqualität im Sinne des Strafrechts zuzusprechen. Denn sein Kausalitätbedürfnis entspringt aus einer anderen Quelle, und sucht eine andere Befriedigung. Der Mediziner, der nach der Ursache des Todes forscht, sucht eine Erklärung für den physiologischen Verlauf von der Vornahme der Operation bis zu dem letzten Herzschlag des Patienten. Der Kriminalist muss sich aber die Kausalitätfrage stellen, um zu entscheiden, ob der tödliche Ausgang dem Täter zuzurechnen ist. Die Zurechenbarkeit des Erfolges zur Schuld ist also der Gesichtswinkel, unter dem er die Frage der Kausalität zu erwägen hat. Nun darf aber gemäss dem das heutige Strafrecht beherrschenden Grundsatz der individuellen Haftung der Einzelne nicht für unverhütbare Erfolge haftbar gemacht werden, für welche nicht er, sondern ein unglücklicher Zufall verantwortlich zu machen ist. Gänzlich unberechenbare Erfolge sind mithin dem Täter niemals zuzurechnen. Also ist Kausalzusammenhang im Sinne des Strafrechts nur dann anzunehmen, wenn eine Handlung des Täters „in einem berechenbaren Zusammenhang mit dem Erfolge steht, (Liepmann, Einl. S. 72) derart, dass mit ihrer Wirklichkeit das Wirklichwerden des Erfolges in berechenbarer Weise notwendig erscheint". Hiernach wäre der Verletzung des Körpers bezüglich des tödlichen Ausganges Ursachenqualität dann zuzusprechen, wenn mit ihrer Zufügung der eingetretene Tod in berechenbarer Weise notwendig erschien. Wenn nun bei der Vornahme einer schweren Operation auch die Möglichkeit des Todes des Patienten nicht ausgeschlossen ist, so ist doch bei einer Operation, die durch die Ergebnisse der Wissenschaft geboten erscheint, und nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt wird, immerhin auf Heilung zu rechnen. Soweit menschliches Wissen reicht, steht also eine sachgemässe ärztliche Operation nicht in berechenbarem Zusammenhang mit dem Tode des Patienten. Es liegt folglich kein Kausalzusammenhang im Sinne des Strafrechts zwischen der sachgemässen Operation und dem Tode vor, dieser ist mithin nicht dem Arzte zuzurechnen.

Anders wäre der tödliche Ausgang bei dem Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers zu beurteilen. Die Beurteilung desselben ist zwar überwiegend eine Frage des subjektiven Tatbestandes. Es sei jedoch gestattet, auf den ärztlichen Kunstfehler wegen seines Gegensatzes zu der sachgemässen Operation und wegen seiner Beziehung auf den tödlichen Ausgang an dieser Stelle hinzuweisen. Einen besonderen Begriff des ärztlichen Kunstfehlers kennt das Strafgesetzbuch nicht, vielmehr ist der ärztliche Kunstfehler als Fahrlässigkeit aufzufassen. Das Strafgesetzbuch erfordert nämlich von Personen, deren Beruf ein besonderes Mass von Aufmerksamkeit erfordert, auch eine besonders grosse Sorgfalt und bestraft die Ausserachtlassung der erforderlichen Aufmerksamkeit in diesen Fällen mit besonderer Härte. Auch der Arzt gehört zu denjenigen Personen, welche, wie § 222, St. G. B. sich ausdrückt, „vermöge Berufs besonders verpflichtet" sind zur „Aufmerksamkeit", und ein ärztlicher Kunstfehler, bedeutet Verletzung dieser Pflicht zur Aufmerksamkeit, welche in verschiedenen Beziehungen von dem Arzt „aus den Augen gesetzt" werden kann. Einmal kann schon in der blossen Uebernahme der Behandlung und der Ausführung der Operation eine Pflichtwidrigkeit liegen. Vielleicht handelt es sich um eine so schwere Operation, dass sie nur von einem sehr geübten Chirurgen ausgeführt werden kann und der Hausarzt sie nicht hätte ausführen dürfen, da er wissen musste, dass ihm die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten hierzu fehlen. Denn bei der gegenwärtig immer weitergehenden Spezialisierung der ärztlichen Wissenschaft und Technik, kann unmöglich jeder Arzt auf jedem Gebiete den Anforderungen seiner fortschreitenden Wissenschaft genügen. Nun fordern zwar, wie Kühner richtig bemerkt, (Kühner, 8 Thesen, S. 6 und 7, zitiert nach Ortlöff, strafbare Fahrlässigkeit, S. 46) Notlage und Dringlichkeiten oft, von Spezialisten abzusehen, sodass in solchen Fällen dem betreffenden Arzt aus der Unterlassung der sonst dem Spezialisten gehörenden Operation mehr ein Vorwurf zu machen wäre, als wegen des unglücklichen Verlaufs der Vornahme jener. Aber grundsätzlich ist Berner darin zuzustimmen, (Berner, Deutsches Strafrecht, 8 Aufl. 1876, S. 509—510) dass jeder Arzt sich in allen einzelnen Fällen noch selbst zu prüfen hat, ob er gerade die hier erforderlichen Kenntnisse und Geschicklichkeiten besitze, denn bei dem raschen Fortschreiten der Wissenschaft berechtigt die ihm erteilte Approbation den Arzt noch nicht, in jedem einzelnen Falle die nötigen Kennt-

nisse und Fertigkeiten bei sich zu präsumieren und immer ans Werk zu gehen. Wenn aber jemand eine Handlung gegen die Körperintegrität eines anderen unternimmt, ohne diese Pflicht sorgfältigster Prüfung seiner Vorbildung erfüllt zu haben, so zeigt er damit, wie auch Finger betont, (Finger, Z. 13) eine höchst frivole Gleichgültigkeit gegen Leben und Gesundheit seiner Mitmenschen, die bei Ausübung des ärztlichen Berufs strafbare Fahrlässigkeit ist. Oder der Arzt hat bei Ausführung der Operation „Unfleiss" oder „Unkunst" gezeigt. (Vergl. C. C. C. Art. 134 und Frank Komm. S. 257.) „Unfleiss", indem er nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst eingeschritten ist, z. B. die Antiseptik unterlassen hat; (vergl. E. 6, S. 505) „Unkunst", indem er durch positiv falsche Behandlung den Tod herbeigeführt hat. In beiden Umständen liegt ein Mangel der erforderlichen Aufmerksamkeit. Denn aus dem tatsächlichem Bestehen von allgemeinen Regeln der Heilkunde ergibt sich die Pflicht der die Heilkunde Ausübenden, sich mit jenen Regeln bekannt zu machen und sie zu erproben. (Vergl. Ortlöff, Strafbare Fahrlässigkeit, S. 40.) Die Erhaltung der Bekanntschaft mit den Fortschritten der Heilkunde und den Grundsätzen und Hauptregeln gehört zu der Aufmerksamkeit, zu welcher der Arzt vermöge seines Berufes verpflichtet ist. Ist er schuldhaft bei der „alten Schule" stehen geblieben, oder hat er gar aus Unwissenheit eine positiv falsche Behandlung eingeleitet, so hat er ebenfalls die erforderliche Aufmerksamkeit aus den Augen gesetzt. Und da jene Kunstfehler nach dem Stande der Wissenschaft nicht geeignet sind, die Genesung herbeizuführen, vielmehr einen ungünstigen Erfolg der Behandlung erwarten lassen, kann bei einem groben ärztlichen Kunstfehler ein berechenbarer Zusammenhang mit dem Tode des Patienten anzunehmen sein. Folglich hätte in diesen Fällen der Arzt „durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht", es läge also fahrlässige Tötung gemäss § 222 R. St. G. B. vor, sodass hier der Konkurrenzfall von fahrlässiger Tötung mit vorsätzlicher Körperverletzung gegeben und zu untersuchen wäre, ob, wie Olshausen meint, (Olshausen, § 226 N. 2, 2) dieser Konkurrenzfall von vorsätzlicher Körperverletzung (§ 223) und fahrlässiger Tötung (§ 222) konsumiert wird in der Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (§ 226) oder ob, wie Frank im Gegensatz zu Löffler meint, (Frank, Komm. 16, Abschnitt IV, Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, S. 221)

Idealkonkurrenz zwischen Körperverletzung mit tötlichem Ausgang und fahrlässiger Tötung bestehen könne. Abgesehen von dem ärztlichen Kunstfehler, ist also der strafrechtliche Kausalzusammenhang zwischen einer sachgemässen ärztlichen Operation und einem etwa darauf erfolgten Tode zn verneinen.

Ebensowenig handelt es sich bei der ärztlichen Operation um eine gefährliche Körperverletzung im Sinne des § 223 a. R. St. G. B. Abgesehen davon, dass in vielen Fällen die Operation kaum als Herbeiführung einer Gefahr für die Gesundheit des Patienten zu beurteilen ist, da dieser ja bereits infolge schwerer Krankheiten in Lebensgefahr schweben wird, spricht der aus der Entstehungsgeschichte des § 223a ersichtliche Zweck dieses Gesetzes überhaupt gegen seine Anwendung auf ärztliche Operationen. Vor der Entstehung des § 223a war eine Körperverletzung sofern sie nicht gerade eine der in § 224 aufgezählten Beschädigungen, wie Verlust eines wichtigen Gliedes, des Sehvermögens, des Gehörs usw. zur Folge hatte, trotz anderer erschwerender Umstände im Sinne des Gesetzes eine leichte und konnte nur nach § 223 bestraft werden, wobei Strafrahmen und Strafmaximum in vielen Fällen sich durchaus als unzureichend erwiesen. (Vergl. Bernau, Gefährliches Werkzeug, S. 2.) So wurde, wie aus den Motiven zu § 223a hervorgeht, vielfach Klage darüber erhoben, dass die Strafbestimmungen des § 223 für manche Fälle brutaler und lebensgefährender Angriffe und Verletzungen der genügenden Schärfe entbehrte, und insbesondere um dem Unfuge der rohen Angriffe mit dem blanken Messer und anderer Waffen mit möglichst grosser Energie entgegenzutreten, wurde durch Novelle vom 26. Februar 1876 in § 223a eine besondere Art von Körperverletzung geschaffen, die man „gefährliche“ zu nennen pflegt. Die schweren Messeraffären waren es also in erster Linie, die den Anlass zu diesem Gesetz bildeten, dessen Strafschärfung darin wurzelt, dass durch die Begehungsart der Verletzung „die Gefahr des Angriffes für den Angegriffenen sich steigert.“ (Binding, Lb. I, S. 47.) Bei der Anwendung der besonders sorgfältig präparierten ärztlichen Instrumente wird aber die mit der Verletzung des Körpers möglicherweise verbundene Gefahr nicht gesteigert, sondern vielmehr vermindert. Und wenn die Gefährlichkeit der Körperverletzung durch den Gebrauch eines Werkzeuges nicht vermehrt, sondern im Gegenteil vermindert wird, kann, wie Olshausen hervorhebt, (Olshausen, § 223a, Nr. 5) von dem Gebrauch

eines gefährlichen Werkzeuges nicht gesprochen werden. Insofern bemerkt Binding zutreffend, dass auch objektiv die Tätigkeit des Chirurgen nicht mit der des Messerhelden auf ein Stufe zu stellen ist. (Binding, Lb. I, S. 56.)

Die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Körperverletzung genügt jedoch noch nicht zur Bestrafung des Arztes, vielmehr haben wir nun noch die Frage zu beantworten, ob wir das Schuldurteil über den Arzt aussprechen dürfen, d. h. ob wir zu der Aussage der Pflichtwidrigkeit ihm gegenüber berechtigt sind. Die Bejahung dieser Frage ist das Ergebnis der folgenden Untersuchung. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der Arzt seinem Patienten die Verletzung des Körpers mit Vorsatz zufügt. Den Laien dürfte es vielleicht etwas sonderbar anmuten, wenn der Jurist ihm erklärte, der Arzt habe die Verletzung des Körpers vorsätzlich begangen, da dieser doch gerade die Absicht gehabt hat, den Kranken zu heilen. Und in der Tat wird die Auffassung, dass der Arzt mit Vorsatz den Körper des Patienten verletzt, auch in der juristischen Literatur bekämpft. So behauptet Stooss, (Stooss, Chir. Operation und ärztliche Behandlung, S. 10) der Vorsatz der Körperverletzung werde notwendig ausgeschlossen durch den Willen zu behandeln, dem Patienten wohlzutun und ihn nicht zu schädigen. Wer einen Patienten behandele, wolle eine Tätigkeit, welche das Gegenteil von Körperverletzen sei. (Ebenso Hamm, D. J. Z. 12, S. 451.) Aber die Annahme der Straflosigkeit der Eingriffe des Arztes erscheint „keineswegs aus Gründen des strafbaren Vorsatzes gerechtfertigt." (H. Meyer, Deutsches Strafrecht, 5. Auflage, S. 271.) Diese Annahme wäre vielmehr eine Verwechslung von Vorsatz und Absicht. Allerdings beabsichtigt der Arzt, den körperlichen Zustand seines Patienten zu verbessern. (Vergl. Bekker, Theorie des Deutschen Strafrechts, S. 294.) Auf diesem Erfolge ruht zunächst sein Auge, nnd wenn er ein Mittel anwendet, welches, wie wir gesehen haben, objektiv als Verletzung des Körpers zu qualifizieren ist, so geschieht dies allerdings zum Zweck der Heilung, aber der Entschluss zur Verletzung ist doch

immerhin ein „Wollen“ (der Verletzung), ohne gleichzeitiges „Bezwecken“ (der Verletzung). (Bekker, Theorie des Deutschen Strafrechts, S. 294.) Und zur Vorsätzlichkeit bei der Körperverletzung genügt, wie E. 25, S. 327 hervorhebt, „das Bewusstsein, dass die Handlung geeignet sei, denjenigen Effekt herbeizuführen, welcher sich demnächst als körperliche Misshandlung darstelle.“ Auf den dabei verfolgten Zweck kommt es bei Beurteilung des Vorsatzes nicht an. Der Arzt kennt nun zweifellos die vorübergehende schädigende Wirkung seiner Tätigkeit. Er weiss, dass er in den Körper schneidet oder sticht und damit in den Gesamtorganismus schädigend eingreift, wenn auch nur vorübergehend. Zwar ist diese Schädigung nur eine unerwünschte Begleiterscheinung, trotzdem will der Arzt sie, weil er sie als unvermeidliche Zwischenstufe zur Erreichung des erwarteten Heilerfolges ansieht, und er handelt. Also setzt er zu dem Zwischenerfolg der Schädigung mit Bewusstsein die Ursache, und „die bewusste Verwirklichung eines strafrechtlich relevanten Erfolges“ ist Vorsatz. (Liepmann, Einl. S. 141.) Dieser Vorsatz wird nicht dadurch aufgehoben, dass jener Erfolg nur ein Mittel zur Erreichung eines andern vom Täter angestrebten Zweckes bildet. Ein noch so löblicher Endzweck kann den Vorsatz der Körperverletzung nicht ausschliessen. So wird auch in E. 24, S. 369 erklärt, dass der subjektive Tatbestand der Körperverletzung überhaupt die Absicht, d. h. „den auf Erreichung eines Erfolges gerichteten Willen nicht erfordert.“ (Ebenso E. 4, S. 98.) Irrig sei es, für das Vorliegen des Vorsatzes zu fordern, dass die Aufhebung der Integrität des Körpers Endzweck der Handlung und die Richtung des Täterwillens auf diesen Erfolg gegeben sein müsse. Der die Verletzung des Körpers betreffende Vorsatz des Arztes wird also durch den Zweck der Heilung nicht ausgeschlossen.

In zahlreichen Fällen wird nun der Arzt der Meinung sein, dass er die Operation gegen den Willen des Patienten vornehmen dürfe, weil er von dem gesetzlichen Vertreter oder von irgend einem Verwandten des Patienten zur Vornahme der Operation tatsächlich aufgefordert worden ist und sich durch diese Aufforderung strafrechtlich gedeckt glaubt. In diesen Fällen entstehen zwei Fragen, nämlich, einmal ob zur Annahme der Schuldform des Vorsatzes das blosse Bewusstsein von dem historischen Geschehen genügt, oder ob das Verschulden bedingt ist durch das Bewusstsein des Täters von der Rechtswidrigkeit

seiner Handlung. Und ferner fragt sich, in welchem Verhältnis zur Schuld des Arztes dessen irrige Meinung steht, dass er durch die Aufforderung eines Angehörigen des Patienten gedeckt sei. Untersuchen wir zunächst die erste Frage: Während das Reichsgericht, Frank, Liszt und Andere die Rechtswidrigkeit streng objektiv geprüft wissen wollten, gehört nach Finger, Hälschner, Kohlrausch, Liepmann, Merkel und Anderen das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit zum Vorsatz. Das Richtige dürfte in der Mitte liegen: Ohne jede Vorstellung von der Rechtswidrigkeit ist zwar keine Schuld möglich; aber das positive Erfordernis des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit findet im Gesetz keine Stütze und gehört nicht zum Begriffe der Schuld. Es genügt, dass der Täter die Rechtswidrigkeit kennt im Sinne des § 59 St. G. B. Die Schuld wird nicht durch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit bedingt. Diejenigen Kriminalisten, nach welchen das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit zum Vorsatz gehört, betrachten zwar nicht etwa genaue Gesetzeskenntnis und Paragraphenwissen[1]) des Täters als Erfordernis seines Vorsatzes, denn, so sagen, sie, auf unserer Kulturstufe stehende Individuen hätten bei Begehung verbrecherischer Handlungen auch ohne Kenntnis des betreffenden Strafgesetzes das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit, d. h. das Bewusstsein des ethisch-rechtlichen Unwertes. Indessen gibt es eine Menge von Verbrechen, bei deren Begehen die Täter durchaus nicht von einem solchen Bewusstsein erfüllt sind. Der Anarchist, nach dessen Ueberzeugung die ganze gegenwärtige Rechtsordnung Unrecht ist, der „ein über dieser Rechtsordnung stehendes Recht in Anspruch nimmt, gegen dieselbe mit allen Mitteln vorzugehen", (Bar, GS. 38, S. 258) der gerade in unseren Normen entgegengesetzten Befehlen: Du sollst töten! Du sollst das Eigentum brechen! Rechtssätze sieht, hat bei seinen Taten nicht ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit. Er hat weder das Gefühl, „ethischen Pflichten zu widerstreiten", noch die Vorstellung, „rechtlich Unerlaubtes" zu tun. (Liepmann, Einl. S. 134.) Er handelt vielmehr in der Ueberzeugung, Recht zu tun

[1]) Wenn man wie Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums, S. 20 u. A. in diesen Fällen „die Kenntnis des positiven Rechts" für ausreichend erklärt, um Strafe eintreten zu lassen, so verwässert man den Begriff des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit zu Gesetzesunkenntnis.

und Pflichten zu erfüllen. Michael Kohlhaas, der im Kampf ums Recht zu Mord und Brand getrieben wird, (Vergl. Ihering, Der Kampf ums Recht) Hamlet, dem das Gebot der Blutrache das Schwert in die Hand drückt, (Vergl. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz) alle diese im Rechtswahn befangenen Verbrecher handeln in der Ueberzeugung, ethisch-rechtlichen Pflichten zu gehorchen, und es fehlt ihnen folglich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, des ethisch-rechtlichen Unwertes ihrer Handlungen. Wer das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit als Erfordernis des Vorsatzes betrachtet, müsste hier die Schuld verneinen. Und doch sind sie schuldig, weil sie sich gegen die Normen auflehnen. Deren rechtliche Macht wird nicht dadurch erschüttert, dass ihr Charakter als Rechtssatz von Einzelnen geleugnet wird. In dieser Unbotmässigkeit gegen die Normen liegt ihre Schuld, die um so schwerer, je gewichtiger die Norm ist, gegen die sie handeln. Stellt man also Pflichtbewusstsein, Gewissen oder ähnliches als Erfordernis des Dolus auf, so kann man, wie Bar richtig bemerkt, (Bar, GS. 38, S. 259) das Individuum nicht strafen, falls es eine vermeintlich sittliche Pflicht höher stellt als die vom Staat mit Strafandrohung geforderte. Diesen Schluss zieht auch Oetker in der Tat, indem er für die Fälle wirklichen Rechtswahns völlige Straflosigkeit fordert. (Oetker, Einfluss des Rechtsirrtums, S. 77.) Aber wer soll die Grenze ziehen zwischen den „seltenen Fällen wirklichen Rechtswahns" und den zahlreichen Fällen, in denen der Handelnde nach seinem moralischen Gefühl sich falsch entschieden hat? „Berücksichtigung der individuellen Einsicht über Pflicht und Recht wäre gleichbedeutend mit dem Ende von Justiz und Rechtssicherheit." (Bar, GS. 38, S. 279.) Es muss daher abgelehnt werden, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Pflichtwidrigkeit zur Bedingung der Schuld zu erheben, nicht wegen der Schwierigkeit des Beweises, wie Allfeld meint, (Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums, S. 24) sondern weil die Schuld, die Unbotmässigkeit gegen die Norm, nicht bedingt wird durch die subjektive ethisch-rechtliche Wertung der Tat durch den Täter.

Dagegen ist es genügend und erforderlich, dass der Täter die Rechtswidrigkeit seiner Tat „kennt" im Sinne des § 59 R. St. G. B. Denn die Rechtswidrigkeit gehört zu denjenigen „Tatumständen", die dem Täter nicht zuzurechnen sind, wenn er sie bei Begehung seiner strafbaren Handlung nicht „kannte". Dass

die Rechtswidrigkeit ein solcher Tatumstand ist, wird zwar lebhaft bestritten. Schon aus rein sprachlichen Gründen, meint Lucas, (Lucas, Die subjektive Verschuldung, S. 74) könne man als „Tatumstand" nicht das Verbotensein bezeichnen, da dies mit Bezug auf einen konkreten Tatbestand nur „das rein geistige Ergebnis einer Denkoperation", nämlich der Subsumption des Tatbestandes unter das Gesetz darstellen kann. Nach Liszt soll sich aus dem Wortlaut des Gesetzes („Tatumstände") ebenfalls ergeben, dass die Kenntnis des Täters sich nicht auf die Rechtswidrigkeit der Handlung beziehen müsse. (Liszt, Lb. 15. Aufl., S. 179, Anm. 2.) Auch Frank äussert sich dahin, (Frank, § 59, V, 2) das Bewusstsein brauche sich nicht auf die Rechtswidrigkeit des Handelns erstrecken, denn die Rechtswidrigkeit sei kein Tatumstand. Und er verweist auf E. 20, S. 198, welches ausgesprochen hat, für die Annahme subjektiven Verschuldens bedürfe es nicht eines Beweises des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit seitens des Täters. Der Kern aller dieser Aeusserungen liegt in der Konstruktion eines Gegensatzes zwischen Rechtswidrigkeit und Tatumstand. Allein die Rechtswidrigkeit, das Verbotensein ist doch, wie Binding hervorhebt, (Binding, N. II, S. 607) gerade ein Tatumstand, der für den Tatbestand der Verbrechen sehr wichtig ist, und § 59 verlangt für die Zurechnung zum Vorsatz die Kenntnis von Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Tatumstände sind nun, wie Liepmann betont, (Liepmann, Einl. S. 137) nicht mit Tatsachen zu identifizieren, sondern es sind die „Umstände der Tat", d. h. alles das, was für die Tat wesentlich ist; es können Tatsachen, wie Rechtsverhältnisse sein, also auch die Rechtswidrigkeit. Diese ist ferner ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes. Denn zu diesem gehören nicht nur die besonderen Tatbestandsmerkmale des einzelnen Delikts, wie z. B. bei der Körperverletzung die körperliche Misshandlung oder Gesundheitsbeschädigung, sondern auch die allen Delikten gemeinsamen, die allgemeinen Tatbestandsmerkmale wie die Rechtswidrigkeit. In Beziehung auf § 59 St. G. B. eine Scheidung zwischen den allgemeinen und den besonderen Tatbestandsmerkmalen vorzunehmen, ist durchaus unbegründet. Die Rechtswidrigkeit ist also ein Tatumstand, welcher zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Folglich ist sie dem Täter nicht zuzurechnen, wenn er sie nicht „kannte" im Sinne von § 59. Aber im Sinne von § 59 „kennt" der

Arzt auch die Rechtswidrigkeit seines Tuns, selbst wenn er meint, ihn decke die Aufforderung des gesetzlichen Vertreters. Ja gerade dieser Irrtum ist der Beweis dafür, dass er die Rechtswidrigkeit „kennt". Jene Meinung des Arztes ist nämlich nichts anderes als das „Resultat einer Prüfung des Inhalts seines Willens auf seine Rechtsmässigkeit." (Binding N. II, Seite 95.) Die Vorstellung von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung beunruhigt ihn und als Resultat seiner Überlegung entsteht die irrige Vorstellung, dass die gegen den Willen des Patienten vorgenommene, im allgemeinen als rechtswidrig erkannte Operation nicht rechtswidrig sei infolge der Aufforderung des gesetzlichen Vertreters. Dieser Bewusstseinsinhalt rechtfertigt aber die Behauptung, dass der Arzt die Rechtswidrigkeit seines Tuns kennt im Sinne des § 59; denn das Kennen des § 59 ist nicht gleichbedeutend mit Wissen, wie Rubo meint, (Rubo, § 59, Note 7, S. 467. Komm. 1879) bezeichnet vielmehr nur, wie Olshausen es auslegt, (Olshausen, § 59, Note 6) „sich vorstellen", „für möglich halten", ohne die subjektive Überzeugung: „cogitare", nicht „scire". So erklärt auch Waag, O. S. 34, S. 254.) in § 59 sei nicht blos der Satz aufgestellt, dass zum Vorhandensein des Vorsatzes die Kenntnis der gesetzlichen Tatumstände gehöre, sondern zugleich der Satz ausgesprochen, dass die blosse Kenntnis — das sich Vorstellen, für möglich halten, auch zur Zurechnung genügt, gleichviel ob sich diese Vorstellung mit der Überzeugung des Subjekts deckt. Mit anderen Worten: Bedingung der Nichtzurechnung ist nur die völlige Unkenntnis, das Nichtdarandenken. Dass nur die völlige Unkenntnis die Zurechnung ausschliesst, geht auch aus der negativen Fassung „nicht kannte" statt verkannte hervor, und aus den Motiven zu § 59 ist ebenfalls ersichtlich, dass mit Absicht die negative Fassung „nicht kannte" gebraucht ist, um dadurch zum Ausdruck zu bringen, dass nur die völlige Unkenntnis der betreffenden Tatumstände eine Lücke im Vorsatz darstelle. Die Reihe von Zwischenstufen aber, die zwischen dem Überzeugtsein und Nichtkennen liegt, das Fürwahrscheinlichhalten, der Zweifel, das Fürmöglichhalten, sollten, wie Lucas hervorhebt, (Lucas, Die subjective Verschuldung, S. 39) den Dolus nicht ausschliessen. Da also das blosse Sichvorstellen zur Kenntnis der Rechtswidrigkeit genügt, so hat der Arzt sie in diesen Fällen gekannt. Denn sein Irrtum über die Rechtswidrigkeit beweist sein Darandenken. Die irrige Nichtannahme der Rechtswidrigkeit

ist also nicht gleichbedeutend mit gänzlicher Unkenntnis und reicht daher nicht aus zum Ausschluss[1]) des Vorsatzes.

Zu demselben Resultat führt uns Binding's Auffassung von dem Einfluss der Normunkenntnis. (Binding, N. II. S. 68 ff.) Im Anschluss an ihn können wir in folgender Weise argumentieren: Der Arzt weiss, dass er keinen Patienten gegen dessen Willen operieren darf, hält es aber für ausnahmsweise erlaubt infolge der Aufforderung des gesetzlichen Vertreters. Er kennt also die Norm und befindet sich in Unkentnis über die „Grenze zwischen Norm und Ausnahme". Diese Unkenntnis über die Grenze zwischen Norm und Ausnahme ist etwas wesentlich anderes[2]) als Normunkenntnis. Wenn man nämlich, so führt Binding aus, die Unwissenheit von der Norm einerseits mit der irrtümlichen Abgrenzung zwischen Norm und Ausnahme, dieser fälschlichen Überspannung des Anwendungsgebietes der Ausnahmen" anderseits vergleicht, zeigt sich ein tiefgehender Unterschied. Im ersten Falle ist keine Ahnung von einem Verbot vorhanden und wer von einem Verbot keine Ahnung hat, kann „nie in eine schuldhafte Willensrichtung gegen das ihm unbekannte Gebot hineingeraten." (Binding, N. II. S. 68.) Im zweiten Fall liegt aber die wenn auch irrige Vorstellung des Verbots vor. Birkmeyer stellt zwar diesen error stricto sensu (Falschwissen) jener ingnorantia (Nichtwissen) völlig gleich, möge der Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar sein. (Birkmeyer, Encykl. S. 1059.) Aber es hat doch seinen guten Grund, mit Binding nur den schuldlosen Irrtum als schuldausschliessend zu erachten, denn wer ein Verbot als Rechtsregel kennt, es aber für einen bestimmten Fall ausnahmsweise als unanwendbar erachtet, der muss, wie Binding mit Recht betont, aus seiner Wissenschaft von dem Vorhandensein der Rechtsregel doppelten Anlass zur Prüfung schöpfen, ob er ausnahmsweise berechtigt sei, sie dennoch zu übertreten. (Binding, N. II, S. 69, Anm. 95.) Gerät er hierbei in einen Irrtum, so ist er schuldlos wie bei der Normunkenntnis nur unter der Bedingung, dass ihn kein Verschulden

---

[1]) Anders Galli, Recht 9, S. 126, nach welchem sich der Arzt auf die Zustimmung dessen, den er für berechtigt gehalten hat, nach § 59 St. G. B. selbst dann berufen kann, wenn er hierin rechtlich geirrt hat.

[2]) Anders Ötker. Der Einfluss des Rechtsirrtums, der in § 14, Seite 44—46 die Unkenntnis des „Verhältnisses von Regel und Ausnahme" ebenso für schuldausschliessend erachtet, wie die Unkenntnis des „Daseins der Norm."

an dem Irrtum trifft. „Nur der schuldlose Irrtum kann hier die Schuld bei der Handlung selbst ausschliessen.“ (Binding, N. II, S. 69, Anm. 95.) Der Irrtum des Arztes ist aber schuldhaft. Da der Arzt, wie die meisten Personen, die einen bestimmten Beruf oder ein bestimmtes Gewerbe ausüben, über Umfang und Inhalt seiner Verantwortlichkeit genau orientiert sein muss, musste er auch wissen, dass er einen Patienten gegen dessen Willen selbst auf die Aufforderung eines Angehörigen hin nicht operieren durfte. „Dass die Voraussetzung einer Operation in der Einwilligung des Patienten zu suchen ist, ist auch,“ wie wir von Dr. med. Thiersch hören, „so in Fleisch und Blut des ärztlichen Denkens und Handelns übergegangen, dass ein Irrtum hierüber nur aus fahrlässigerweise nicht gehöriger Ueberlegung entspringen kann, mithin unverzeihlich und unentschuldbar ist.“ (Dr. med. Thiersch. Aerztliches Vereinsblatt von 1884, Nr. 285. Abgedruckt bei Stooss, Chirurg. Op., S. 127.) Der Irrtum des Arztes ist also schuldhaft. Daher ist die irrtümliche Abgrenzung von Norm und Ausnahme nicht gleichbedeutend mit Normunkenntnis, kann mithin die Schuld des Arztes nicht ausschliessen.

Das Ergebnis unserer Untersuchung über die Schuld des Arztes ist also:

1) Der Arzt weiss, dass er den Körper des Patienten, wenn auch nur vorübergehend, verletzt und will die Verletzung.
2) Er hat, wenn auch nicht das positive Bewusstsein, Wissen, so doch die Vorstellung von der Rechtswidrigkeit seines Tuns,

Sein Wille als Quelle der Körperverletzung ist also von der Vorstellung der sämtlichen Deliktsmerkmale der Körperverletzung, von der der Verletzung des Körpers und von der der Rechtswidrigkeit begleitet, ist mithin Vorsatz. (Vergl. Binding, Normen II, S. 404.) Der gegen den Willen des Patienten operierende Arzt begeht also vorsätzlich eine rechtswidrige Körperverletzung und es dürfte durchaus dem Rechtsgefühl entsprechen, dass gegen einen Arzt, der seinem Patienten gegenüber in dieser Weise pflichtwidrig handelt, die auf die Körperverletzung gesetzte Strafe erkannt würde.

Endlich soll noch die Frage erörtert werden, ob sich die an den Arzt gerichtete Aufforderung des gesetzlichen Vertreters, die Operation gegen den Willen des minderjährigen Patienten vorzunehmen, als strafbare Anstiftung zur Körperverletzung darstellt. Hier ist zunächst zu untersuchen, ob dem entgegenstehenden Willen des Minderjährigen eine andere Bedeutung hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Operation zukommt, als dem des Volljährigen? Eine Spezialliteratur über diese Frage ist uns nicht bekannt geworden, jedoch finden sich in den obenerwähnten Aufsätzen von Brückmann, Galli, Bar, Lilienthal einige Bemerkungen über diese Frage. Nach Brückmann[1]), der von dem Willen des Patienten in seiner zivilrechtlichen Bedeutung ausgeht, muss, soweit der Wille des Patienten in zivilrechtlicher Beziehung vom gesetzlichen Vertreter wahrgenommen wird, auch bezüglich der Operation der Wille der letztgenannten Persönlichkeit an die Stelle des Willens des Patienten treten. Also habe der Arzt, so meint Brückmann, im wesentlichen nur auf den Willen der gesetzlichen Vertreter, die die Mündel „im Willen" vertreten, Rücksicht zu nehmen. Nicht ganz so schroff wird der zivilrechtliche Standpunkt von Galli vertreten, (Das Recht, Bd. IX, S. 127) nach welchem nicht die Volljährigkeit, sondern die Zustimmungsfähigkeit entscheidend ist, „wobei über die Zustimmungsfähigkeit eines Menschen von mehr als 7 und weniger als 21 Jahren nicht nach Zivilrecht, sondern nach seiner geistigen Reife und der besonderen Sachlage zu befinden ist." Bei einer solchen Behandlung des Stadiums der beschränkten Geschäftsfähigkeit wäre also der entgegenstehende Wille eines Kindes von — sagen wir — 11 Jahren dem Willen seines gesetzlichen Vertreters gegenüber nicht mehr durchaus unbeachtlich, während der entgegenstehende Wille einer 19jährigen Person noch nicht durchaus beachtlich wäre. In beiden Fällen bedürfte es nach Galli einer besonderen Untersuchung der Zustimmungsfähigkeit des Individuums.

Der geistigen Reife legt auch v. Bar (Gerichtssaal, Bd. LXII. S. 102) Bedeutung bei hinsichtlich der Beachtlichkeit des Willens des Patienten; jedoch erst bei Personen, welche das 12. Lebensjahr vollendet haben. Dass bei Kindern unter 12 Jahren die Zu-

[1]) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XXIV, Seite 700.

stimmung desjenigen, welcher für die Person des Kindes zu sorgen hat, die Zustimmung des Patienten selbst vertritt, kann nach seiner Ansicht keinem Zweifel unterliegen. Er befindet sich also im Prinzip mit Galli in Übereinstimmung: die geistige Reife des heranwachsenden Patienten ist zu prüfen. Aber Bar weicht von Galli ab, indem er die untere Altersgrenze vom 7. zum 12. Lebensjahre heraufsetzt.

Im Gegensatz zu Galli und v. Bar erklärt Brückmann prinzipiell eine Unterscheidung der natürlichen Willensfähigkeit bei Minderjährigen für falsch. (Gerichtssaal, Bd. LXII., S. 102). „Sie finde im geltenden Recht keine Begründung und, wenn man sie mache, schwebe sie in der Luft".

Bar dürfte jedoch die Richtung eingeschlagen haben, in welcher die Lösung dieser Frage zu finden ist. Die Ansicht von v. Bar, gerade die Vollendung des 12. Lebensjahres für massgebend zu erklären, nennt Brückmann „willkürlich", da doch die Frage mit der Zustimmungsfähigkeit mit dem Beginne der Strafbarkeit des § 57 St. G. B. nicht das geringste zu tun habe. Dagegen ist hervorzuheben, dass die Straffähigkeit einer Person geradezu als ein triftiger Grund für die Beachtlichkeit ihres Willens anzusehen ist. Denn wenn ein Mensch für seine Taten, die nichts anderes sind, als die Betätigung seines Willens, strafrechtlich verantwortlich ist, so verdient sein Wille doch auch Beachtung in strafrechtlicher Beziehung. Es würde der Gerechtigkeit doch widersprechen, die Betätigung eines Willens durch das Gesetz mit Strafe zu bedrohen, ohne zugleich jenem Willen Schutz zu leihen. Vielmehr muss der Straffälligkeit auch ein strafrechtlicher Schutz des Willens entsprechen. Die Beachtlichkeit des Willens muss proportional sein seiner Verantwortlichkeit, ist also, wie Finger ausführt, (Finger, Lb. des Deutschen Strafrechts I, S, 417 (II.) „vom Richter nach Analogie der Bestimmungen des §§ 55 und 56 St. G. B. zu bestimmen".

Aus diesem Prinzip ergiebt sich die Beantwortung unserer Frage:

1. Hat der Minderjährige bereits das 18. Lebensjahr vollendet, ist er mithin vollkommen strafmündig, so verdient sein Wille auch volle Beachtung. Die gegen den beachtlichen Willen des 18jährigen Minderjährigen vorgenommene Operation ist ebenso rechtswidrig wie die gegen den Willen des Volljährigen aus-

geführte, gleichviel ob der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erklärt hat oder nicht.

2. Hat der Minderjährige das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet, ist er also völlig strafunfähig, so gebührt seinem Willen auch gar keine Beachtung. Sein Widerspruch ist strafrechtlich irrelevant.
3. Hat der Minderjährige das 12. Lebensjahr, aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet, sodass bezüglich seiner Strafähigkeit das Vorhandensein der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht zu prüfen ist, so fordert es die Gerechtigkeit, seinem Willen auch strafrechtlichen Schutz angedeihen zu lassen, unter der Bedingung, dass der Minderjährige Einsicht, und zwar die zur Erkenntnis der Bedeutung der Operation erforderliche Einsicht besitzt.

So betrachtet auch Lilienthal (Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung, S. 43) die Einsicht des Patienten in die Bedeutung seines Zustandes und in die Folgen der vorgeschlagenen Behandlung als Masstab für dessen Erklärungsfähigkeit. Nach vorstehendem Masstabe ist die Beachtlichkeit des Willens des Patienten in jedem einzelnen Falle zu prüfen, und allein nach der Beachtlichkeit seines, des Verletzten, Willens die Frage der Rechtswidrigkeit der ärztlichen Operation zu entscheiden. Denn wo es sich um Leib und Leben handelt, um Güter, über die man im Sinne des Zivilrechts nicht verfügen kann, ist auch eine Vertretung im Willen ausgeschlossen. Vielmehr hat das Individuum, um dessen Wohl es sich handelt, selbst das entscheidende Wort darüber zu sprechen, ob es dem sicheren Tode entgegengehen, oder zeitlebens als Krüppel umhergehen will. Diese in der Literatur oft und mit Nachdruck betonte petitio principii findet ihre zureichende juristische Begründung in der der Gerechtigkeit entsprechenden Proportionalität der Beachtlichkeit des Willens zu seiner Verantwortlichkeit.

Es ist ferner zu untersuchen, ob die Aufforderung als Anstiftung im Sinne des Gesetzes gelten kann. Auch die blosse Aufforderung stellt eine Anstiftungshandlung im Sinne des Gesetzes dar, denn eine Aufforderung ist ein „Mittel“ im Sinne des § 48 St. G. B., denn jedes Mittel genügt den Anforderungen des § 48. Das geht nicht nur aus den Motiven hervor, nach welchen die Aufzählung der Mittel im § 48 nur eine „Exemplifikation“ ist, es folgt auch aus der der Aufzählung im

Gesetz beigefügten Generalklausel „oder durch andere Mittel"; und auch in der Praxis ist eine Aufforderung als „Mittel" im Sinne des § 48 angesehen worden. (So von der Strafkammer Dresden, 24. Okt. 1873, zitiert nach Olshausen. § 48, Nr. 12.) Diese Aufforderung ist es aber auch, welche im normalen Geschehen in dem Arzt den Entschluss zur Begehung der Tat hervorruft. Dem steht nicht entgegen, dass der Arzt, infolge seines Berufes bei Erkenntnis der Notwendigkeit der Operation, ohnehin schon zur Vornahme der Operation bereit ist. So erklärt E. 37, S. 171, dass der Tatbestand der Anstiftung nach § 48 St. G. B. noch verwirklicht werden kann, obwohl sich jemand zur Begehung einer strafbaren Handlung bereits erboten hat. Das Reichsgericht erfordert in E. 15, S. 159 zur Bejahung des Bestimmtwerdens gemäss § 48 „Verursachung durch intellektuelle Wirksamkeit", d. h. die determinirende Einwirkung auf die Psyche des Täters durch Setzung von Motiven. Und diesen Einfluss wird im allgemeinen die Aufforderung des gesetzlichen Vertreters ausüben: Der Widerspruch des Kranken steht der Vornahme der Operation entgegen, denn der Arzt weiss, dass die Operation gegen den Willen des Patienten verboten ist. Die Aufforderung des gesetzlichen Vertreters ist jedoch geeignet, in ihm die Meinung hervorzurufen, dass er durch diese gedeckt sei. Diese Meinung entkräftet das Gegenmotiv, die Scheu vor dem Verbot, sodass nunmehr seine durch die Berufspflicht bedingte Bereitschaft zum Entschluss wird, den er verwirklicht.

Eine weitere Frage ist die, ob auf der Seite des gesetzlichen Vertreters der erforderliche Anstiftervorsatz vorliegt. In der Tat weiss er, dass er den Arzt zur Operation bestimmt und will ihn zur Ausführung derselben bestimmen. Er muss sich sagen, dass der Arzt bei dem Widerspruch des Patienten nicht ohne weiteres zur Operation schreiten wird. Wenn er also die Operation ausgeführt wissen will, muss er die Bedenken des Arztes zerstreuen und ihn seinerseits zur Ausführung der Operation auffordern, und so den Entschluss zur Tat in ihm hervorrufen. Aber zum Anstiftervorsatz genügt nicht das Wissen des Anstifters, dass er anstiftet, er muss auch wissen, wozu er bestimmt, d. h. sein Wissen muss die Tat, zu der er anstiftet, ihrem Tatbestande nach umfassen, oder wie E. 20, S. 12 dies ausdrückt, „in den Anstiftervorsatz müssen alle Tatbestandsmerkmale der Tat aufgenommen worden sein". Nun ist klar, dass der gesetzliche Vertreter eine

Vorstellung von der vom Angestifteten vorzunehmenden Handlung hat. Ebenso wie der Arzt, weiss und will auch der gesetzliche Vertreter, dass der Körper des Patienten verletzt wird, wenn auch nur vorübergehend.

In den meisten Fällen wird allerdings der gesetzliche Vertreter an seine strafrechtliche Verantwortlichkeit gar nicht denken, das Bewusstsein seiner Strafbarkeit wird ihm fehlen. Aber das Bewusstsein der Strafbarkeit ist kein Erfordernis des Vorsatzes. Allerdings muss Feuerbach's Theorie des psychischen Zwanges zur Aufstellung dieses Erfordernisses führen, weil nur das Bewusstsein der Strafbarkeit der Tat einen zureichenden psychischen Zwang auf die Staatsbürger als die möglichen Verbrecher ausüben kann, um sie von der Begehung des Verbrechens abzuschrecken. Auch heute wird noch vereinzelt, insbesondere von Ortmann und Ortlöff, an dem Bewusstsein der Strafbarkeit als einem Erfordernis des Vorsatzes festgehalten. (G. S. 29, S. 244, G. S. 34, S. 401.) Ortmann schliesst daraus, dass nach § 2 St. G. B. eine Handlung nur dann mit Strafe bedroht werden kann, wenn die Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde, dass die Vorausandrohung einer Strafe ein allen Verbrechen gemeinsames objektives Tatbestandsmerkmal sei. Folglich müsse sich auch gemäss § 59 die Kenntnis des Täters auf die Strafbarkeit beziehen. Die Schwäche dieser Argumentation dürfte darin liegen, dass die „Vorausandrohung einer Strafe" nicht Tatbestandsmerkmal des Verbrechens, sondern nur Voraussetzung der Bestrafung, der Tatbestandsfolge, ist. Die Unmöglichkeit der Subsumption des „mit Strafe Bedrohtseins" unter den Begriff „Tatbestandsmerkmal" wird von Lucas durch folgenden Hinweis dargetan (Lucas, Die subjektive Verschuldung, S. 74): Wenn man den Ausdruck „Verbrechen" durch den kongruenten „mit Strafe bedrohte Handlung" ersetze, so erhalte die Frage nach dem Tatbestandsmerkmale eines bestimmten Verbrechens den Tenor: Welches sind die Merkmale dieser bestimmten mit Strafe bedrohten Handlung? Die Antwort, dass sie mit Strafe bedroht ist, enthalte einen circulus vitiosus. (Ebenso Kahn, S. 59.) Ortlöff sowie Ortmann glauben ferner, das Bewusstsein der Strafbarkeit als Erfordernis des Vorsatzes daraus folgern zu können, dass Jugendliche und Taubstumme gemäss §§ 56 und 58 nur bestraft werden, wenn sie bei Begehung der Handlung „die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht" besassen.

Aber schlagend zeigt Binding, (Binding, Normen II, S. 467, ihm folgt Lucas aa. O. S. 71) dass diese Tatsache nicht für, sondern gerade gegen das Bewusstsein der Strafbarkeit als Erfordernis des Vorsatzes spricht. Nicht einmal bei Jugendlichen und Taubstummen wird vorhandene Erkenntnis der Strafbarkeit verlangt. Die blosse Einsicht, die erforderlich ist zur Erkenntnis der Strafbarkeit, genügt zur Bestrafung. Und wenn bei Jugendlichen und Taubstummen verbrecherischer Vorsatz angenommen wird, ohne dass sie die Strafbarkeit ihrer Handlungen tatsächlich eingesehen haben müssen, um wieviel weniger kann dann die Erkenntnis der Strafbarkeit zum Vorsatz von gesunden Erwachsenen verlangt werden. In der Tat muss auch nach der herrschenden Auffassung „der Deliktsvorsatz sich nur auf das Delikt beziehen, nicht auf die Deliktsfolgen". (Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, S. 23. Ebenso Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, S. 118.) So wenig das Bewusstsein der Strafbarkeit zum Vorsatz überhaupt gehört, so wenig ist es auch ein Erfordernis des Anstiftervorsatzes, dass der Anstifter das Bewusstsein der Strafbarkeit der von dem Angestifteten zu begehenden Tat hat. Zwar könnte der Wortlaut des § 48, „--- wer zu der strafbaren Handlung --- vorsätzlich bestimmt hat", den Anschein erwecken, der Anstifter müsse die Strafbarkeit der Handlung des Angestifteten kennen, aber aus den Motiven zu § 48 geht hervor, dass durch die Einschaltung der Worte „zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung" nur die Annahme der Strafbarkeit einer vorsätzlichen, aber erfolglosen Anstiftung ausgeschlossen werden sollte. (Vergl. Binding, Normen II, S. 469, Anm. 680[3].) Aus diesen Worten ist also nicht das Erfordernis des Bewusstseins der Strafbarkeit zu folgern. Ist, wie oben ausgeführt, das Bewusstsein der Strafbarkeit nicht zum Täter vorsatz erforderlich, so ist es wegen der accessorischen Form der Teilnahmehandlung auch nicht zum Anstiftervorsatz erforderlich.

Wenn der Mangel des Bewusstseins der Strafbarkeit als solcher den Vorsatz des gesetzlichen Vertreters auch nicht ausschliessen kann, so könnte aber aus dem Mangel des Bewusstseins der Strafbarkeit vielleicht auf die fehlende Kenntnis der Rechtswidrigkeit zu schliessen sein. Auf die Rechtswidrigkeit der Tat des Arztes muss sich nach dem Gesagten der Vorsatz des Anstifters erstrecken, da die Rechtswidrigkeit zu den Tatbestandsmerkmalen gehört. Indessen denkt der gesetzliche

Vertreter offenbar an die Möglichkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes. Denn sonst hätte er es garnicht für nötig gehalten, den Arzt durch seine Aufforderung zur Vornahme der Operation zu veranlassen. Mit der Vorstellung von der Strafbarkeit der Tat des Arztes associiert sich aber zweifellos die Vorstellung von ihrer Rechtswidrigkeit. Der gesetzliche Vertreter weiss also nicht nur, dass er anstiftet, sondern sein Vorsatz umfasst auch die Tat, zu der er anstiftet, nach allen Tatbestandsmerkmalen. Der Anstiftervorsatz ist mithin erfüllt. Wenn also, wie wir oben gesehen haben, der Arzt durch die Aufforderung des gesetzlichen Vertreters zur Vornahme der Operation bestimmt worden ist, ist die Tat des gesetzlichen Vertreters in objektiver und subjektiver Beziehung Anstiftung[1]) zur Körperverletzung.

In der Regel wird der zur Operation Auffordernde ein Angehöriger des Patienten sein. Sollte auch er strafbar sein? Hier würde das Interesse des Angehörigen an der Erhaltung des Lebens des Kranken mit dessen eigenem Interesse an der Erhaltung seiner Körperintegrität kollidieren. Da nun Krankheit als unverschuldetes Unglück anzusehen ist, ist die Interessenkollission auch nicht verschuldet. Sie ist auf andere Weise auch nicht zu beseitigen, als durch die von Angehörigen begangene „Anstiftung" des Arztes. Sollte unter diesen Umständen die Anstiftung zur Rettung eines Angehörigen eine strafbare Handlung sein? Mit Recht könnte hier der Angehörige dem Richter, der ihn zu Strafe verurteilen wollte, einwenden: „Ich kenne die Gesetze so genau nicht; aber ich bin überzeugt, irgendwo muss es darin

---

[1]) Wenn ein Kunstfehler vorläge, wäre an dieser Stelle noch zu untersuchen, ob der gesetzliche Vertreter als Anstifter zu dem fahrlässigen Delikt haftbar sein kann. Nach der Gem. Meinung ist Anstiftung nur zu vorsätzlichen Delikten denkbar. So folgert E. 23, S. 175 aus dem Begriff der Anstiftung als einer „intellektuellen Einwirkung auf den Willen" des Täters, dass die Anstiftung zu Fahrlässigkeitsvergehen, wo der Täter die Rechtsverletzung nicht gewollt habe, ausgeschlossen ist. Dagegen ist nach Birkmeyer die Annahme der Anstiftung zu fahrlässigen Delikten haltbar. (Birkmeyer, Teilnahme, S. 141. Ebenso Binding, Grundriss 137, Hälschner, I, S. 446, Olshausen, § 48, Nr. 18.) Begrifflich ausgeschlossen wäre diese Annahme nach Birkmeyer nur, wenn eine Willenseinigung zwischen Täter und Teilnehmer erforderlich wäre. Einverständnis zwischen Täter und Teilnehmer ist aber gesetzlich nicht erforderlich. Also sei auch die Anstiftung zu fahrlässiger Täterschaft denkbar.

stehen, dass so etwas erlaubt ist.“ (Vergl. Wulffen, Ibsens Nora vor dem Strafrichter, S. 9.) In der Tat muss die Gesetzgebung die Anforderung erfüllen, dass nur mit Strafe belegt werde, was auch unwillkürlich dem gesunden Gefühl einer durchschnittlichen Charakterbildung „als ein von der Rechtsordnung zu ahndendes Faktum sich darstellt“. (Bar, Rechtsirrtum, G. S. 38, S. 42.) Und dem Gefühl, dass eine unter jenen Umständen begangene Tat nicht zu bestrafen sei, ist auch im Reichsstrafgesetzbuch Rechnung getragen durch Berücksichtigung des Notstandes. (Bar, Rechtsirrtum, G. S. 38, S. 262.) Der Anstiftende handelt, wie oben ausgeführt wurde, „in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für - - - Leben - - - eines Angehörigen“. Also ist seine Tat gemäss § 54 nicht eine „strafbare Handlung“.